الجزء السادس

# شرح المجلة

تأليف

العلامة الكبير والفقيه المحقق الشهير المرحوم مفتي حمص الاسبق

محمد خالد الأتاسي

عني باتمام ما فات المؤلف نشره من المواد وبابرازه الى عالم المطبوعات ولده مفتي حمص الحالي

محمد طاهر الأتاسي

المكتبة الحبيبية
كانسی روڈ ○ کوئٹہ
پاکستان

بسم الله الرحمن الرحيم

حمداً لك يا ولي الحمد يامن ليس لنعمته حد وصلاة وسلاماً علـى رسولك صاحب اللواء المعقود والمقام المحمود وعلى آله واصحابه والمتأدبين بآدابه

# الكتاب السادس عشر

# في القضاء

ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب

## — المقدمة —

## في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية

**المادة ١٧٨٤ — القضاء ياتي بمعنى الحكم والحاكمية**

القضاء ياتي بمعنى الحكم وهما لفظان مترادفان يقال حكم القاضي على زيد اي قضى عليه — والحاكمية مصدر كالفاعلية والجاعلية قال الله تعالى ( اذ جعل الذين كفروا في قلوبهم الحمية حمية الجاهلية ) كذا في البيضاوي

ولم ار من فرق بين الحكم والحاكمية ولعل الفرق ان الحكم اسم للحدث من حيث هو والحاكمية اسم له مع ملاحظة ذات تتصف به ففي قولنا قضاء القاضي عدل او جور اي حكمه يراد الاول واذا قال السلطان اذا جاء الشهر الفلاني فقد وليتك قضاء كذا يراد الثاني اي جعلتك حاكما .

نذكر لك نبذة في بيان معنى القضاء وفي فرضيته وحكمته وفي الاحكام المتعلقة بقبوله وفي بيان من يصلح للقضاء وفي بيان ما ينفذ من القضايا وما ينقض منها — اما الاول فالقضاء ياتي لغة بمعنى الالزام من قضى يقضي يقال قضى القاضي عليه بكذا الزمه به وبمعنى الامر ( وقضى ربك ان لاتعبدوا الا اياه ) امر امراً مقطوعاً وياتي لمعنى بلوغ الحاجة نحو قضى فلان حاجته — وفي الكشاف اذا بلغ حاجته من شيء له همة قيل قضى وطره — ولمعنى الموت قضى المريض مات ولمعنى الخلق ( فقضاهن سبع سموات ) اي خلقهن خلقا ابداعياً ( بيضاوي ) واذا ذكر القضاء مقرونا بالقدر فهو عند الاشاعرة ارادته الازلية المتعلقة بالاشياء على ماهي عليه فيما لا يزال والقدر ايجاد الاشياء على قدر مخصوص من كونها على وفق الارادة كذا في جمع الجوامع عن المواقف — والقضاء في الشرع قول ملزم يصدر عن ولاية عامة ( هداية ) واما فرضيته فنصب القاضي فرض لانه نصب لاقامة امر مفروض وهو القضاء قال الله تعالى ( ياداود انا خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ) وقال تعالى لنبينا الاعظم صلى الله عليه وسلم ( فاحكم بما انزل الله ) والقضاء هو الحكم بين الناس بالحق والحكم بما انزل الله فرض فكان نصب القاضي لاقامة الفرض فكان فرضا ضرورة — وهذا لان في القضاء بالحق اظهار العدل وبالعدل قامت السموات والارض ورفع الظلم — وانصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق ( بدائع )

واما حكمته فحسم الخصومات ورفع التهارج واقامة العدل والامر بالمعروف والنهي عن المنكر الى غير ذلك من المحسنات

واما الاحكام المتعلقة بقبوله فخمس واجب وهو ان يتعين له ولا

يوجد من يصلح غيره - ومستحب وهو ان يوجد من يصلح له لكنه هو اصلح واقوم ومخير وهو ان يستوي هو وغيره في الصلاحية والقيام به وهو مخير ان شاء قبل وان شاء لا - ومكروه وهو ان يكون صالحا للقضاء لكن غيره اصلح - وحرام ان يعلم من نفسه العجز وعدم الانصاف لما يعلم من باطنه من اتباع الهوى مالا يعرفونه فيحرم هندية عن خزانة المفتين

واما من يصلح للقضاء فمن يجتمع فيه شرائط الشهادة ومع هـذا ينبغي ان يكون عالما بالحلال والحرام وسائر الاحكام - وبلوغه درجة الاجتهاد ليس بشرط - ولا ينبغي ان يقلد الجاهل بالاحكام اذ ربما يقضي بالباطل ولا يشعر به وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة قاض في الجنة وقاضيان في النار رجل علم علما فقضى بما علم فهو في الجنة ورجل علم علما فقضى بغير ما علم فهو في النار ورجل جهل فقضى بالجهل . فهو في النار - الا انه لو قلد جاز عندنا لانه يقدر على القضاء بالحق بعلم غيره بالاستفتاء من الفقهاء ( بدائع ) وفي البزازية لا يستعمل السلطان في القضاء الا الموثوق بصلاحه وفقهه وعمله وعلمه بوجوه السنة والآثار والفقه - والعلم شرط الاولوية لا جواز التقليد حتى لو قضى بفتوى غيره صح - وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام ( من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين )

واما ما يلزم القاضي من الآداب فاصله ماكتبه سيدنا عمر الى ابي موسى الاشعري رضي الله عنهما وسماه محمد كتاب السياسة وفيه بعد البسملة من عمر ابن الخطاب امير المؤمنين الى ابي موسى الاشعري سلام الله عليك فاني احمد الله الذي لا اله الا هو اما بعد. فـان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم اذا ادلى اليك الخصمان فانـه لاينفع تكلم بحق لانفاذ له اس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك البينة على المدعي واليمين

على من انكر الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا ولا يمنعك قضاء قضيته بالامس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك ان تراجع الحق فان الحق قديم لا يبطل ومراجعة الحق خير من التادي في الباطل الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك من القرآن العظيم والسنة ثم اعرف الاشباه والامثال وقس الامور عند ذلك فاعمد الى احبها واقربها الى الله تعالى واشبهها بالحق اجعل للمدعي امدا ينتهي اليه فاذا احضر بينته اخذ بحقه والاوجب القضاء عليه وفي رواية وان عجز استحلت عليه القضاء فان ذلك ابلغ للعذر واجلى للعمى المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف او ظنينا في ولاء او قرابة او مجربا عليه شهادة زور فان الله تعالى تولى منكم السرائر ودرأ منكم بالبينات اياك والغضب والضجر والقلق والتأذي بالناس للخصوم في مواطن الحق الذي يوجب سبحانه وتعالى به الاجر ويحسن به الذخر وان من يخلص نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولو على نفسه في الحق يكفه الله تعالى فيما بينه وبين الناس ومن يتزين للناس بما يعلم الله منه خلافه شانه الله عز وجل فانه سبحانه وتعالى لا يقبل من العبادة الا ما كان خالصا فما ظنك بثواب عن الله سبحانه وتعالى من عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام

قوله رضي الله تعالى عنه ( فافهم اذا ادلى اليك الخصمان ) الادلاء رفع الخصومة الى الحاكم والفهم اصابة الحق فمناه عليك ببذل المجهود في إصابة الحق اذا ادلى عليك وقيل معناه اسمع كلام كل واحد من الخصمين وافهم مراده وبهذا يؤمر كل قاض لانه لا يتمكن من تميز المحق من المبطل الا بذلك وربما يجري على لسان احد الخصمين مايكون فيه اقرار بالحق لخصمه فاذا فهم القاضي ذلك انفذه واذا لم يفهم ضاع واليه اشار في قوله لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له وقيل المراد استمع الى كلام الشهود وافهم مرادهم فلنهم يتكلمون بالحق بين يديك وانما يظهر منفعة ذلك بتنفيذ القاضي اياه وقوله ( اس بين الناس ) معناه سو بين الخصمين

فالتأسي في اللغة التسوية وفيه دليل ان على القاضي ان يسوي بين الخصوم اذا تقدموا اليه اتفقت مللهم او اختلفت فاسم الناس يتناول الكل وانما يسوى بينهم فيما اشار اليه في الحديث فقال في وجهك ومجلسك وعدلك يعنى في النظر الى الخصمين والاقبال عليهما في جلوسهما بين يديه حتى لا يقدم احدهما على الاخر وفي عدله بينهما وبالعدل امر — وحكى ان ابا يوسف رحمه الله تعالى قال في مناجاته عند موته اللهم ان كنت تعلم اني ما تركت العدل بين الخصمين الا في حادثة واحدة فاغفرها لي قيل وما تلك الحادثة قال ادعى نصراني على امير المؤمنين دعوى فلم يمكنني ان آمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمساواة مع خصمه ولكني رفعت النصراني الى جانب البساط بقدر ما امكنني ثم سمعت الخصومة قبل ان اسوى بينهما في المجلس فهذا كان جوري ليعلم ان هذا من اهم ما ينبغي للقاضي — وقوله ( حتي لا يطمع شريف في حيفك الحيف هو الظلم فاذ قدم الشريف طمع في حيفه وانكسر بهذا التقديم قلب خصمه الضعيف فيخاف الجور وربما يتمكن للشريف عند هذا التقديم من التلبيس ما يعجز الضعيف عن اثبات حقه بالحجة والقاضي هو المسبب لذلك باقباله على احدهما وتركه التسوية بينهما في المجلس وقوله البينة على المدعي الخ ) هذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعد من جوامع الكلم وقوله ( الصلح جائز بين المسلمين الخ هذا ايضا مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه دليل على جواز الصلح ) وقوله ( الا صلحا احل حراما الخ ) المعنى الصلح جائز الا صلحا احل حرام العين بان وقع الصلح على خمر او خنزير او في الخصومة بين الزوجات صالح احدى المرأتين على ان لا يطأ الاخرى او صالح زوجته على ان يحرم امته على نفسه فهذا هو الصلح حلل حراما او حرم حلالا فهو باطل وقوله ( ولا يمنعك قضاء الى قوله خير من التمادي في الباطل ) فيه دليل على انه اذا تبين للقاضي الخطأ في قضائه بان خالف قضاؤه النص او الاجماع فعليه ان ينقضه ولا ينبغي ان يمد

الاستحياء من الناس فان مراقبة الله تعالى في ذلك خير له وهذا ليس في القاضي خاصة بل هو في كل من يبين لغيره شيئا من امور الدين الواعظ والمفتي والقاضي في ذلك سواء اذا تبين له انه زل فليظهر رجوعه عن ذلك فزلة العالم سبب لفتنة الناس ولكن هذا في حق القاضي اوجب لان القضاء ملزم وقوله ( الحق قديم ) يعني هو الاصل المطلوب ولانه لا تتكلتم زلة من زل بل تظهر لا محالة فاذا كان هو الذي يظهرها على نفسه كان احسن حالا عند العقلاء من ان تظهر عليه مع اصراره على الباطل وقوله ( الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك الى قوله واشبهها ) هذا في حق القاضي المجتهد واما في عصرنا هـذا فعليه ان يحكم بالقول الصحيح من مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه راجع شرح هذه المادة ٠٠ — وقوله اجعل للمدعي امدا ينتهي اليه الخ ) فيه دليل على ان القاضي عليه ان يمهل كل واحد من الخصمين بقدر ما يتمكن من اقامة الحجة فيه حتى اذا قال المدعي بينتي حاضرة امهله ليأتي بهم فربما لم يات بهم في المجلس الاول بناء على ان الخصم لاينكر حقه لوضوحه فيحتاج الى مدة ليأتي بهم وبعد ما اقام البينة اذا ادعى الخصم الدفع امهله القاضي ليأتي بدفعه فانه مامور بالتسوية بينهما في عدله وليكن امهاله على وجه لا يضر بخصمه فان الاستعجال اضرار بمدعي الدفع وفي تطويل مدة امهاله اضرار بمن اثبت حقه وخير الامور اوسطها وقوله ( فان احضر بينته اخذ بحقه الخ ) ان كان مراده دعوى الدفع فهو اوضح لانه اذا عجز عن اثبات ما ادعى من الدفع وجه القاضي اليه القضاء ببينة المدعي وما لم يظهر عجزه عن ذلك لا يوجه القضاء عليه لان الحجة انما تقوم عليه اذا اظهر عجزه عن الدفع بالطعن والمعارضة — وان كان مراده جانب المدعي فمعنى قوله وجهت القضاء عليه الزمته الكف عن اذى الناس والخصومة من غير حجة وقوله ( فان ذلك ابلغ في العذر ) اي للقاضي من توجه القضاء لانه اذا قضى عليه بعد ما امهله حتى يظهر عجزه عن الدفع انصرف من مجلسه شاكرا له ساكتا واذا لم يمهله انصرف شاكيا وقوله ( اجلى للعمى )

اي لازالة الاشتباه . وقوله ( المسلمون عدول ) هـذا اللفظ منقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا دليل لابي حنيفة على جواز القضاء بشهادة المستور قبل السوآل عنه اذا لم يطعن الخصم وقوله ( الا محدودا في قذف ) دليل لنا على ان المحدود في القذف لا تقبل شهادته وان تاب . وقوله او ظنينا في ولاء او قرابة ] اي متهما بسبب القرابـة او الولاء . هو ايضا دليل لنا على ان شهادة الوالد لولده وبالعكس غير مقبولة وعلى ان شهادة احد الزوجين لصاحبه غير مقبولة لان الزوجية من اقوى اسباب الموالاة وقد اشار الى ان نفس الولاء والقرابة لايقدحان في العدالة ولكن اذا تمكنت التهمة حينئذ يمتنع العمل بالشهادة . وقوله ( فان الله تعالى تولى منكم السرائر ) يعني ان المحق والمبطل ليس للقاضي طريق الى معرفة حقيقته فان ذلك غيب ولا يعلمه الا الله تعالى ولكن الطريق للقاضي العمل بما يظهر عنده من الحجة . وقوله ( والتأذي بالناس يعني اظهار التأذي بكثرة الخصوم بين يديه واظهار الملال منهم والمراد التأذي بما يسمع من بعض الخصوم بما لا حاجة به اليه فقد يطول احد الخصمين كلامه ولكن لا ينبغي للقاضي ان يظهر التاذي بذلك ما لم يجاوز الحد فاذ تكلم بما يرجع الى الاستخفاف بالقاضي او يذهب بـه حشمة مجلس القضاة فحينئذ يمنعه عن ذلك ويؤدبه عليه وقوله ( والتنكر للخصوم ) هو ان يقطب وجهه اذا تقدم اليه خصمان فان فعل ذلك مع احدهما فهو جور منه وان فعله معهما ربما عجز المحق عن اظهار حقه فذهب وترك حقه قال الله تعالى ( ولو كنت فظا غليظ القلب لانفضوا من حولك ) وقوله ( في مواطن الحق ) يعني في مجالس الحكم فالحلم وترك الضجر والقلق واظهار البشر مـع الناس محمود في كل موضع وفي مجلس القضاء اولى بعد ان يكون لوجه الله تعالى كما قال فانـه من يخلص نيته الى آخر رسالته رضي الله تعالى عنه

واما اركان القضاء فستة حكم ومحكوم به ومحكوم عليه ومحكوم له وحاكم وطريق الحكم فالاول يتعلق به فرضية القضاء وشروطه وما ينبغي للقاضي

ان يكون عليه في سيرته وعلمه وادآبه

ويتعلق في الركن الثاني ان القاضي ان كان مجتهدا يقضي بما في كتاب الله من الاحكام التي لم تنسخ — وان ورد عليه شيء لم يعرفه في كتاب الله تعالى يقضي بمـا جاء في السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانا امرنا باتباعه قال الله تعالى « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » الاية فان لم يجد نصا يقضي باجماع الصحابة قال عليه السلام ( عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي ) فان كان بينهم اختلاف فان كان القاضي من اهـل التمييز والنظر ميز اقاويلهم ورجح قول بعضهم ونظر الى اشبهها بالحـق واقربها الى الصواب واحسنها عنده وقضى به لقوله عليه السلام ( اصحابي كالنجوم بايهم اقتديتم اهتديتم فان كان شيء لم يات فيه من الصحابة قول وكان فيه اجماع التابعين قضى به لان اجماع كل عصر حجة فـلا يسعه ان يخالفه وان كان فيه اختلاف بينهم يرجح قـول بعضهم ويقضي به

وان لم يجد شيئا من ذلك فان كان من اهل الاجتهاد قاسه على ما يشبهه من الاحكام واجتهد برأيه وتحرى الصواب ثم قضى برأيه وان لم يكن من اهل الاجتهاد يستفت في ذلك فياخذ بفتوى المفتي ولا يقضي بغير علم ولا يستحي من السوآل لئلا يلحقه الوعيد المذكور في قـوله صلى الله عليه وسلم ( القضاة ثلاثة ) وقد تقدم فلو قاس مسئلة عـلى مسئلة فظهر خلافه يأثم اذ ليس بمجتهد وهو متعد فالخصومـة للمدعي وللمدعى عليه على القاضي يوم القيمة وارجع الى معرفة الاجتهاد واهـله في شرح المادة ١٧٨٤ .

وهو اربعة اقسام حق الله تعالى المحض كحد الزنا او الخمر وحـق العبـد المحض وهو ظاهر ومـا اجتمع فيه الحقان وغلب فيه حق الله تعالى كحد القذف والسرقة او غلب فيه حق العبد كالقصاص والتعزير — وشرطه كونه معلوما ( رد محتار عن البحر )

واما الركن الثالث وهو المحكوم له فيتعلق به ان القاضي يجوز له

ان يحكم لمن قلده وان يحكم عليه كالسلطان الا يرى ان سيدنا عليا رضي الله تعالى عنه قلد شريحا وخاصم عنده ولان المقلد ليس نائبا عن المقلد بل عن جماعة المسلمين ولهذا لا ينعزل بموته — ولا يجوز قضاؤه لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له لان مبنى القضاء على الشهادة ولا يصح شاهدا لهؤلاء فلا يصح قاضياً لهم لمكان التهمة ويجوز ان يقضي عليهم لانه لو شهد عليهم جاز فكذا القضاء

واما المحكوم عليه فيتعلق به انواع منهم الحاضر المالك لامره ومنهم الغائب في المواضع التي يجوز فيها الحكم عليه ومنهم الصغير المحجور عليه ومنهم السفيه المولى عليه ومنهم الورثة المدعى عليهم في مال الميت ومنهم الصغير والكبير وجميع ذلك مسطور في كتاب الدعوى ولا يحكم على عدوه وهو الاصوب الكل من معين الحكام

واما الحاكم فهو اما الامام او القاضي او المحكم

واما طريق الحكم فقد عدها في الاشباه سبعا بينة واقرار ويمين ونكول عنه وقسامة وعلم قاض على المرجوح وفي جامع الفصولين وينبغي ان لا يفتى به وهو قول محمد لما علم من احوال قضاة زماننا

والسابع قرينة قاطعة ( در مختار ) — وان لم يكن مجتهدا وقد ولاه السلطان ليحكم بمذهب معين من مذاهب المجتهدين فحكم بمذهب آخر لا ينفذ حكمه سواء كان القاضي عالما او جاهلًا مقلدا او مجتهدا ناسيا او عامداً وقد صرحت العلماء بان القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والاشخاص فاذا خصه السلطان بزمان او مكان او حادثة او شخص تخصص انظر المادة ١٨٠١

— وذلك لان ولاية القاضي انما هي مستفادة من السلطان فلا ينفذ قضاؤه فيما منعه عنه كما في الخيرية عن فتح القدير — والحكم اليوم على ما حررته المجلة من مذهب الامام ابي حنيفة فلا يعدوه فان لم يوجد نص في حادثة ما فعلى القاضي ان يراجع اصح الاقوال المفتى بها في المذهب المشار اليه

المادة ١٧٨٥ — الحاكم هو الذات الذي نصب وعين من قبل السلطان لاجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقا لاحكامها المشروعة

[ الحاكم هو الذات الذي نصب وعين من قبل السلطان ]

استفيد ان السلطان اذا رأى الدعوى بين المتخاصمين وحكم بها موافقا لاصولها المشروعة صح بالاولى لان القاضي وكيل عنه — وقوله لاجل فصل وحسم الخ احتراز عن المولى لا لفصل الدعاوي كالولاة والمتصرفين مثلاً فهولاء لاتصح توليتهم ولا حكمهم لعدم اذن السلطان لهم — وقوله لاحكامها المشروعة لان الحكم اذا لم يوافق الشرع يكون حكما بخلاف الحق وهو جور — وهو اما عن خطا او عمد وكل على وجهين اما في حقه تعالى او حق العبد فالخطا في حق العبد اما ان يمكن فيه التدارك والرد اولا فان امكن بان قضى بمال او صدقة او طلاق او اعتاق ثم ظهر ان الشهود عبيد مثلا او محدودون في قذف يبطل القضاء ويرد العبد رقيقا والمرأة الى زوجها والمال الى من اخذ منه — وان لم يمكن الرد بان قضى بالقصاص واقتص لا يقتل المقضى له ويصير صورة القضاء شبهة مانعة بل تجب الدية في مال المقضى له — وهذا كله اذا ظهر خطأ القاضي بالبينة او باقرار المقضى له فلو باقرار القاضي لا يظهر في حق المقضى له حتى لا يبطل القضاء في حقه — واما الخطا في حق الله تعالى بان قضى بحد زنى او سرقة او شرب واستوفى الحد ثم ظهر ان الشهود كما مر فالضمان في بيت المال وان كان القضاء بالجور عن عمد واقر به فالضمان في ماله في الوجوه كلها بالجناية والاتلاف ويعزل القاضي عن القضاء رد محتار ط

المادة ١٧٨٦ - الحكم هو عبارة عن قطع الحاكم المخاصمة وحسمه اياها وهو على قسمين القسم الاول هـو لزام الحاكم المحكوم به على المحكوم عليه بكلام كقوله حكمت او اعطه الشيء الذي ادعى عليك ويقال لهـذا قضاء الالزام وقضاء الاستحقاق والقسم الثاني هو منع الحاكم المدعي عن المنازعة بكلام كقوله ليس لك حق او انت ممنوع عن المنازعة ويقال لهذا قضاء الترك

الحكم قـد ياتي لغة للمنع ومنه سميت الحكومة لرد الظالم عن الظلم وسمي الحاكم لذلك . ويقال احكمه احكاما وحكمه تحكيما منعه نقل الازهري حكم اليتيم كما تحكم ولدك اي امنعه من الفسـاد واصلحه كما تصلح ولدك وفي عرف الفقهاء

[ هو عبارة عن قطع الحاكم المخاصمة وحسمه اياها ]

فان المدعي اذا اثبت دعواه لدى القاضي بوجهها الشرعي وتبين ان المدعى عليه مانع حقه يمنعه القاضي عن تمرده في عدم الحق ويوصله الى مدعيه ( وهو ) اي الحكم يكون قوليا وفعليا فالقولي [ على قسمين ] القسم الاول هو الزام الحاكم المحكوم به

على المحكرم عليه بكلام

يتلفظ به [ كقوله حكمت ] او قضيت وهـذان اللفظان ليسا بشرط

لتحقق القضاء. فلو قال اعط الشيء الذي ادعى به عليك او قال بعد اقامة البينة للمعتمد الله واطلب الذهب منه وكذا اذا قال ظهر عندي او صح عندي او علمت فهذا كله حكم في المختار -

واما قوله ثبت عندي فاختلف فيه صحح في البزازية والخانية انه حكم . والتحقيق انه لاخلاف فمن قال انه ليس بحكم اراد به اذا لم يكن بعد تقدم دعوى صحيحة ومن قال انه حكم اراد اذا كان بعد الدعوى ( بحر ملخصا ) وفي الفصولين قوله ثبت عندي حكم لكن الاولى ان يبين ان الثبوت بالبينة او بالاقرار اذ الحكم ببينة يخالف الحكم باقرار -

ثم قال في البحر اعلم ان الثبوت ليس بحكم اتفاقا في مواضع ظفرت بها منها ثبوت ملك البائع للعين المبيعة عند البيع وهو المسمى ببينة الجريان وقد ذكره ابن وهبان في شرح قوله في المنظومة (ويدخل شرب الارض من دون ذكره ) قال اذا شهد الشهود بملكية ارض لانسان على ما هو المعتاد في كتب التبايع في بلادنا انه يقيم المشتري والبائع بينته بان البائع لم يزل حائزا مالكا لجميع الارض وكذلك في الموقوف من اجل صحة البيع او الوقف او غيرهما اى فقول القاضي ثبت عندي ان البائع او الواقف كان مالكا للارض المبيعة او الموقوفة لا يكون قضاء بصحة البيع او الوقف - والا لم يقض بالصحة وانما يقضي بموجب ما اقر به كما في فتاوي قاري. الهداية -

ومنها ما ذكره ابن الفرس من قولهم لاتصح الدعوى في العقار حتى يثبت المدعي ان المدعى عليه واضع يده عليه وهذا الثبوت ليس بحكم قطعا اي بالملكية للمدعي -

ومنها قول الموثق وثبت عنده ان العين بصفة الاستبدال شرعا -

ومنها قولهم في خيار العيب لابد ان يثبت المشتري قيام العيب للحال لتوجه الخصومة الى البائع فانه ثبوت مجرد لا حكم

ومنها قولهم انه ثبت ان لا مال للصغير سوى عقاره عند بيع عقاره

فقوله هذا لا يكون حكما ببيع عقاره ( ويقال لهذا ) القضاء القولي ( قضاء الالزام ) . وجه التسمية ظاهر لان فيه الزام المدعى عليه بشيء وهو تسليم العين التي يدعيها خصمه ان كان ما ادعاه عينا فاثبتها بالبينة او بنكول المدعى عليه عن اليمين او بدفع الدين الذي يدعيه المدعى بعد تحققه على الوجه المشروح فبقول القاضي الزمتك او قضيت عليك بكذا او علمت من اقرارك او بينة خصمك ان هذه العين التي بيدك له ، اوان له في ذمتك كذا دينا - والاصل فيه ان تظهر حجة المدعي في اثبات فيكون محقا في دعواه ( حموي ) بخلاف ما لو قال في رأيي او ظني انه كذا من كل لفظ يفيد الشك فانه لا يفيد الحكم ( خانية ) ( و ) يقال له ايضا [ قضاء الاستحقاق ] وقضاء الملك لانه يفيد ان المدعي قد استحق ما يدعيه بالملكية

واعلم ان هذا النوع المسمى بقضاء الاستحقاق والالزام ان كان المدعي محقا فيه ينفذ قضاء القاضي ظاهرا بثبوت التمكين والنفقة وغير ذلك وباطنا بمعنى ثبوت الحل عند الله تعالى ( عناية ) وان كان غير محق ينفذ ظاهرا فقط فهو حرام على المحكوم له وقضاء القاضي له لا يفيد الحل بالاجماع فلو ادعى حقا في يد رجل كذبا واقام عليه بينة زوراً فقضى القاضي له لا يحل له وطؤها ان كانت جارية ولا لبسه ان كان ثوبا ولا اكله ان كان طعاما وللمقضى عليه ذلك ، لان الجارية او الثوب مثلا من الاملاك المرسلة اي المطلقة عن اثبات سبب الملك بان ادعى ملكا مطلقا في الجارية او الطعام من غير تعيين بشراء او ارث والقضاء في الاملاك المرسلة لا ينفذ باطنا ، لانه لا يملك القضاء الا بسبب وليس تعيين بعض الاسباب باولى من الآخر فتعذر القضاء بالملك له - وهذا بخلاف العقود والفسوخ اذا كانت الدعوى بسبب معين كنكاح او بيع او طلاق او عتاق . ولقب المسئلة ان القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا عند الامام الاعظم وعند محمد وابي يوسف في قوله الاخير ينفذ ظاهرا لا باطنا ورجح في المبسوط قول

الامام الاعظم

مثال العقود مافي العناية ادعى كذبا على امرأة نكاحا وانكرت فاقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطئها وحل للمرأة التمكين منه على قول ابي حنيفة وكذا لو ادعت على رجل فانكر — ومنها اذا قضى القاضي بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل ان يقول بعتني هذه الجارية او من جهة البائع مثل ان يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه ، وبالبيع بثمن هو قيمة الجارية او باقل مما يتغابن فيه الناس اولا عند بعض المشايخ ، لان الشهادة شرط لا نشاء النكاح قصدا والانشاء هنا يثبت اقتضاء فلا يشترط الشهادة — قال في الفتح وثبوته على هذا الوجه يكون ضمنياً ولا يشترط للضمنيات ما يشترط لها اذا كانت قصديات . وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بمحضر من الشهود ، لانه شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لان القاضي عند القضاء بشهادة الزور يصير منشئاً وانما يصير منشأ فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع — ومن الفسوخ ما اذا ادعى احد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية واقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطؤها — ومنها ما اذا ادعت على زوجها كذبا انه طلقها ثلاثا واقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهرا وباطنا علم ان الزوج الاول لم يطلقها بان كان احد الشاهدين او لم يعلم بذلك وقالا ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له ذلك الوطي. لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك — واما الزوج الاول فلا يحل له على قول ابي يوسف الاخير وان كانت الفرقة لم تقع باطنالانه لوفعل ذلك كان زانياعندالناس فيحدونه

ثم ان نفاذه ظاهرا وباطنا في العقود انما هو اذا كان المحل قابلا حتى يملك القاضي انشاءه بخلاف ما اذا كانت مثلا محرمة باسباب بان

كانت معتدة الغير او مطلقة ثلاثا فادعى انه تزوجها بعد زوج آخر ونحو ذلك لان هناك ليس للقاضي ولاية الانشاء الا ترى انه لو انشأ صريحا لا يصح – ولهذا اجمعوا على انه لو ادعى نكاح امرأة وهي تنكر وتقول انا اخته من الرضاع او انا في عدة من زوج آخر فشهد بالنكاح شاهدان وقضى القاضي بشهادتهما والمرأة تعلم انها كما اخبرت لا يحل لها التمكين اهـ بدائع وفتح وعناية . والحاصل ان القاضي له ولاية الانشاء في العقود والفسوخ في الجملة الا ترى انه يزوج صغيرة لاولي لها وبفسخ عقدا فاسداً ويبيع مال الغير عند الايجاب بخلاف الاملاك المرسلة فليس له ولاية الانشاء في ذلك.

واعلم ان الارث حكمه حكم الاملاك المطلقة فــلا ينفذ القضاء بالشهود زورا فيه باطنا اتفاقا ( بحر ) [ والقسم الثاني ] من القضاء القولي

[ هو منع الحـاكم المدعي عن المنازعة بكلام كقوله ليس لك حق المنازعـة او انت ممنوع عن المنازعة ويقال لهذا قضاء ترك

وهذا في كل دعــوى عجز المدعي عن اثبات مدعاه عينا كان او دينا فمنعه الحاكم عن معارضة خصمه في دعوى الدين ومع ترك المدعي به في يد المدعى عليه ان كان عينا

والفرق بينهما ان المقضى له قضاء استحقاق، لا ينقلب مقضيا عليه اصلا في تلك الحادثة وفي قضاء الترك قد ينقلب المقضى عليه بمنع التعرض مقضيا له في تلك الحـادثة اذا وجد اثباتا – وايضا المقضى له قضاء استحقاق لا تسمع دعوى شخص ثالث عليه بانه ملكه ما لم يدع تلقي الملك من جهته فتسمع – قال في الانقرويه في نوع في دعــوى الشراء والبيع وان ادعيا اي الخارجان الشراء من واحـد ولم يؤرخا او ارخا

سواء فهو بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة وان ارخا واحـدهما اسبق يقضى لاسبقهما اتفاقا بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين لانهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ بملك البائعين فتاريخه بملكه لا يعتد به وصارا كأنهما حضرا وبرهنا على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما

اما هنا فقد اتفقا على ان الملك كان لهذا الرجل وانمـا اختلفا في التلقي منه وهذا الرجل اثبت التلقي لنفسه في وقت لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له به ثم لا يقضى به لغيره بعد — الا اذا تلقى منه وهو لايتلقى منه اه والشاهد هنا — واما الحكم اذا كان فعليا فلا تشترط فيه الدعوى بخلاف القولي — فلو باع القاضي ما وقفه المريض في مرض موته بعد موته لغرمائه ثم ظهر مال اخر للميت لم يبطل البيع ويشترى بالثمن ارضا توقف بخلاف الوارث اذا باع الثلثين عند عدم الاجازة فانه لا يشترى بقيمة الثلثين ارضا توقف لان فعل القاضي حكم بخـلاف غيره ( اشباه عن الظهيريـة من الوقف )

واستثني من ذلك مسئلة عن الفصولين وهي اذا اعطى فقيرا من وقف الفقراء فانه ليس بحكم حتى كان له ان يعطي غيره

وذكر في رد المحتار عن البحر ان فعل القاضي عـلى وجهين الاول مالا يكون موضعا للحكم كما لو اذنته مكلفة بتزويجها فزوجها فانـه وكيل عنها ففعله ليس بحكم . الثاني ما يكون محلا للحكم كتزويج صغيرة لاولي لها وشرائه وبيعه مال اليتيم وقسمة العقار ونحو ذلك فجزم في التجنيس بانه حكم وكذا تزويجه اليتيمة من ابنه — ورده في نكاح الفتح بان الاوجه انه ليس بحكم لانتفاء شرطه اي من الدعوى الصحيحة وبان الحاقـه بـالوكيل يكفي للمنع يعنى ان الوكيل بالنكاح لا يملك التزويج من ابنه فالقاضي بمنزلته فينفي ذلك عن كونه حكما — وعـلى هذا فقولهم شراء القاضي مـال اليتيم او شيئا من الغنيمة لنفسه لا يجوز لانـه حكم لنفسه ، خلاف الاوجه ، لان الحاقه بالوكيل للمنع مغن عن كونه حكما لان شراء الوكيل لنفسه باطل لكن كثر في كلامهم كون فعله حكما فالاولى ان

يقال تصحيحا لكلامهم ان الحكم القولي يحتاج الى الدعوى والفعلي لا —كالقضاء الضمني لايحتاج اليها وانما يحتاجها القصدي ويدخل الضمني تبعا .

هذا وخلاصة ما استفيد من كلام محمد في الاصل ان فعل القاضي حكم لفرع ذكره وهو لو طلب الورثـة القسمة للعقار وفيهم غائب او صغير قال الامام لا اقسم ما لم يبرهنوا عـلى الموت والمواريث ولا اقضي على ، الغائب والصغير بقولهم لان قسمة القاضي قضاء اي والقضاء عـلى الغائب لايجوز وقالا يقسم فتعليل عدم القسمة بانه يلزم الحكم عـلى الغائب يفيد ان فعل القاضي حكم اذ لا امكان لا لحاقه بالوكيل في المنع من القسمة فتعين الرجوع الى الحق وتعين التوفيق بما ذكر من ان القضاء الفعلي لا يحتاج الى الدعوى كالضمني بخلاف القولي القصدي وبه اندفع ما مر عن الفتح من قوله لانتفاء شرطه واندفع قول ابن الغرس ان الصواب ان الفعل لايكون حكما

﴿ تتمة ﴾

قال في الاشباه القضاء الضمني لا تشترط له الدعوى والخصومة فاذا شهدا على خصم بحق وذكر اسمه واسم ابيه وجده وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمنا وان لم يكن في حادثة النسب اه اي اذا كان المشهود عليه غير مشار اليه فلو مشاراً اليه لا يثبت نسبه كما اوضحه الحموي ثم قال وعلى هذا لو شهدا بان فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فـلانا في كذا على خصم منكر وقضى بتوكيلها كان قضاء بالزوجية بينهما وهي حادثة الفتوى ولها فروع اخر مذكورة في رد المحتار

المادة ١٧٨٧ — المحكوم به هو الشيء الذي الزمه الحاكم على المحكوم عليه وهو ايفاء المحكوم عليه حق المدعي في قضاء

( المحكوم به ) سواء كان حق الله تعالى المحض كحد الزنى والخمر او حق العبد وهو ظاهر او ما فيه الحقان وغلب فيه حق الله تعالى كحد القذف والسرقة او غلب فيه حق العبد كالقصاص والتعزير

[ هو الشيء الذي الزمه الحاكم على المحكوم عليه ]

( و ) ذلك الشيء [ هو ايفاء المحكوم عليه حق المدعي في قضاء الالزام ]
اعلم ان كلمة الالزام معناها في الاصل الزام القاضي المدعى عليه في ايفاء ما ثبت عليه شرعاً لخصمه سواء كان عن بينة او اقرار لكن ارباب الصكوك يستعملونه في الحكم الذي يكون عن اقرار المدعى عليه والمراد به في المادة المعنى الاول المقابل لقضاء الترك - ثم لا بد ان يكون المحكوم به معلوما لانه هو المدعي به وشرط كونه معلوما كما مر في المادة ( ١٦١٩ )

## ( وترك المدعي المنازعة في قضاء الترك )

اي حكم القاضي في هذه الصورة هو امر للمدعي بان لا يتعرض للمدعي عليه لعجزه عن الاثبات

### المادة ١٧٨٨ - المحكوم عليه هو الذي حكم عليه

اي من طرف الحاكم او المحكم والمحكوم عليه دائما العبد لكنه

اما متعين واحـــدا كان او اكثر كجماعة اشتركو في قتل فقضي عليهم بالقصاص وكعشرة اشتركوا في غصب مال فحكم عليهم بعد الدعوى والثبوت — وكــذا الحكم في حــق من الحقوق المجردة قد يكون المحكوم عليه واحداً او متعددا فلو ادعى شخص على عشرة اشخاص ان له حق المرور في طريق خاص لهم وثبت ذلك ببينه او بنكولهم يحكم عليهم جميعا او المحكوم عليه غير متعين كما في القضاء بالحرية الاصلية فانــه حكم على كافة الناس سواء كان ببينته او بقوله انا حر الاصل اذا لم يسبق منه اقرار بالرق . وصورته ادعى انه عبده فقال المدعى عليه انا حر الاصل ولم يسبق منه اقرار بالرق وعجز المدعي عن البينة حكم القاضي بالحرية الاصلية وكان حكمه بها حكما على العامة اي فلا تسمع دعوى احــد بعد الحكم ( رد محتار عن ح ) بخلاف الحرية العارضة بعتق ونحوه فعلى الكافة من وقت التاريخ اي تاريخ العتق مثلا قال زيد لبكر انك عبدي ملكتك منذ خمسة اعوام فقال بكر اني عبد بشر ملكني منذ ستة اعوام فاعتقني وبرهن عليه اندفع دعوى زيد — ثم اذا قال عمرو لبكر انك عبدي ملكتك منذ سبعة اعوام وانت ملكي الان فبرهن عليه تقبل ويفسخ الحكم بحريته ويجعل ملكا لعمرو ( درر ) واما القضاء بالوقف فالاصح انه ليس كالحرية فتسمع دعوى ملك آخر او وقف آخر

## المادة ١٧٨٩ — المحكوم له هو الذي حكم له

المحكوم له هو الشرع في حقوقه المحضة او التي غلب فيها حقه ولا حاجة في ذلك الى الدعوى وتسمع الشهادة فيها بلا دعوى — بخلاف ما تمحض فيها حق العبد او غلب فلا بد فيها من الدعوى والمدعي حينئذ هو العبد والشرط فيه بالاجماع حضرته او حضرة نائب عنه كوكيل اوولي او وصي ويشترط ان تكون دعواه صحيحة وان يكون ممن تقبل شهادة

القاضي له . واما طلبه الحكم من القاضي بعد وجود الشرائط فليس بشرط ( ط ورد محتار )

المادة ١٧٩٠ — التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما ويقال لذلك حكم بفتحتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة

( التحكيم ) لغة تفويض الانسان الحكم الى غيره قال في المصباح حكمت الرجل بالتشديد فوضت الحكم اليه وفي الصحاح حكمته في مالي اذ جعلت اليه الحكم فيه — افادت عبارة المصباح ان التحكيم لا يدل على انه لغة خاص بالمال وفي الشرع

## هو عبارة عن اتخاذ الخصمين

اي الفريقين المتخاصمين المدعي والمدعى عليه سواء كان كل منهما واحدا او متعددا او احدهما واحدا والاخر متعددا [ حاكما ] بشرط فيه ان يكون اهلًا للقضاء فلا يصح تحكيم عبد وصبي وصح تحكيم المرأة والفاسق لصلاحيتهما للقضاء والاولى ان لا يحكما فاسقا ( بحر ) ويشترط وجود الاهلية من وقت التحكيم الى وقت الحكم . فلو حكما عبدا فعتق او صبيا فبلغ ثم حكم ، لاينفذ كما هو الحكم فيمن قلده الامام القضاء — وبثبوته بالسنة كما رواه النسائي قال ابو شريح يا رسول الله ان قومي اذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان فقال عليه الصلاة والسلام ما احسن هذا وروى انه كان بين عمر وابي ابن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد ابن ثابت فاتياه

فخرج زيد فقال هلا بعثت الي يا امير المؤمنين فقال عمر في بيته يؤتى الحكم فدخلا بيته فالقى لعمر وسادة فقال عمر هذا اول جورك وكانت اليمين على عمر فقال زيد لابي لو اعفيت امير المؤمنين فقال عمر يمين لزمتني فقال ابي نعفي امير المؤمنين ونصدقه — وليعلم انه لا يظن باحد منهما في هذه التلبيس وانما هي لاشتباه الحادثة عليهما فتقدما الى الحكم للتبيين لا للتلبيس

## برضاهما لفصل خصومتهما

اي لا بد من رضاء الطرفين من وقت التحكيم الى وقت الحكم فلو لم يرض احدهما واراد عزله قبل الحكم ، له ذلك ففي التنوير وينفرد احدهما بنقضه اي التحكيم بعد وقوعه فان حكم لزمهما ولا يبطل حكمه بعزلهما بعد الحكم لصدوره عن ولاية شرعية فلا يبطل حكمه بعزلهما — وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الاخر فلو حكما رجلا فلم يقبل لا يجوز حكمه الا بتجديد التحكيم [ ويقال لذلك حكم ] بفتحتين يقال حكموه اذ جعلوه حكما

## [ ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة ]

اسم مفعول حكم بتشديد الكاف

### ﴿ تتمة ﴾

المحكم اذا رفع الى القاضي فوافق مذهبه ، امضاه وفائدة هذا الامضاء ان لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه وان خالفه ، ابطله اي لم يمضه

وهو المراد بابطاله لانه حكم لم يصدر عن ولاية عامة فلم يلزم القاضي اذا خالف رأيه لكن في زماننا لما كان الكل مأموراً من قبل السلطان بالحكم على اصح الاقوال او ارفقها المختارة في المجلة من مذهب الامام ابي حنيفة رحمه الله تعالى فينظر للحكم هل هو موافق لها ام لا لا لرأي القاضي - ولو حكما رجلين فلا بد من اجتماعهما على المحكوم به فلو حكم احدهما او اختلفا لم يجز ( تنوير ) وعد في البحر سبع عشرة مسئلة يخالف فيها حكم المحكم حكم القاضي

الاولى كما في العناية حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لاولاية له عليهم اذ لاتحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه خالف رايه ومخالف للنص ايضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله

الثانية انه لا بد من تراضيهما على كونه حكما بينهما بخلاف القاضي

الثالثة لايجوز تعليقه واضافته عند ابي يوسف بخلاف القضاء ولو حكماه على ان يستفتى فلانا ثم يقضي بينهما بما قال جاز كالقضاء ولو حكماه على ان يحكم بينهما في يومه او في مجلسه توقت

الرابعة لا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص كذا في البحر وذكر في العناية ان الحدود الواجبة حقا لله تعالى لا يجوز التحكيم فيها باتفاق الروايات ، لان الامام هو المتعين لاستيفائها واما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت المشايخ قال شمس الائمة من اصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاف ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف - وجهه ان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكان فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفي الشبهات

الخامسة لا يفتي المفتي بجواز التحكيم في فسخ اليمين المضافة بخلاف القضاء به قال في الفتح وفي الفتاوي الصغرى حكم المحكم

في الطلاق المضاف ينفذ لكن لا نفتي به وفي العناية ما خلاصته قالوا وتخصيص الحدود والقصاص في عدم جوازه يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات لكن لا يفتى بـه كي لا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبنا

السادسة ان حكمه لا يتعدى الى الغائب لو كان ما يدعي عليه سببا لما يدعي على الحاضر كما في قضاء التنوير ولها صور كثيرة تبلغ تسعا وعشرين مبسوطة في رد المحتار منها ادعى شيئا في يد رجل انه اشتراه من فلان واقام بينته يقضى له بالملك وبانه اشترى من فلان حتى لو حضر فلان وجحد البيع لا يلتفت اليه ولا يحتاج الى اعادة البينة لسريان الحكم على الغائب ولو كان الحكم صادرا من محكم لا بد من اقامة البينة لان حكمه لا يتعدى الى الغائب

السابعة كتاب المحكم الى القاضي لا يجوز كما لا يجوز كتاب القاضي اليه

الثامنة لا يحكم المحكم بكتاب قاض الا اذا رضي الخصمان

التاسعة المحكم اذا ارتد والعياذ بالله تعالى انعزل فاذا اسلم فلا بد من تحكيم جديد بخلاف القاضي

العاشرة لو رد المحكم الشهادة بتهمة ثم اختصما الى آخر او قاض فزكيت البينة يقضى لان المحكم لم يكن قاضيا في حق غير الخصمين ولم يتصل بهذه الشهادة رد قاض من قضاة المسلمين انما اتصل بها رد واحد من الرعايا فكان للقاضي ابطال هذا الرد بخلاف ما لو رد قاض شهادته للتهمة لا يقبلها قاض آخر لان القضاء بالرد نفذ على الكافة

الحادي عشر ملخص ما في شرح التلخيص الحكم على احد الورثة بدين على الميت لا يتعدى الى الباقي والميت لعدم رضاهم بتحكيمه بخلاف حكم القاضي

الثاني عشرة لا يتعدى حكمه بالعيب من المشتري على بائعه الا برضى بايع بايعه

. الثالث عشرة لا يتعدى حكمه على وكيل يعيب برد المبيع الى موكله وهما في فتح القدير - يقول الفقير هذه الثلاث الاخيرة يغني عنها قولهم ان حكمه لا يتعدى الى الغائب لو كان ما يدعي عليه سببا لما يدعي على الحاضر لا محالة كما تقدم في المسئلة السادسة

الرابع عشرة لا يصح حكمه على وصي صغير بما فيه ضرر عليه وان كان فيه نفع للصغير يصح حكمه بخلاف القاضي اه

ثم اعلم ان حكم المحكم لا يتعدى الى غير المحكوم عليه الا في مسئلة لو حكم احد الشريكين وغريم له رجلا فحكم بينهما والزم الشريك شيئا من المال المشترك نفذ حكمه على الشريك وتعدى الى الغائب لان حكمه بمنزلة الصلح في حق الشريك الغائب والصلح من صنيع التجار فكان كل واحد من الشريكين راضيا بالصلح وما في معناه -

الخامس عشرة لا يتقيد ببلد التحكيم وله الحكم في البلاد كلها

السادس عشرة مما خالف فيه المحكم القاضي لو اختلف الشاهدان فشهد احدهما انه وكله بخصومة فلان الى قاضي الكوفة والاخر الى قاضي البصرة، تقبل ، ولو شهد احدهما بذلك الى المحكم الفقيه فلان وشهد الاخر به الى الفقيه فلان آخر لم تقبل . والفرق ما في حاشية البحر ان الوكيل بالخصومة الى قاضي الكوفة يكون وكيلا بها الى قاضي البصرة وكذا العكس لان المطلوب نفس القضاء. ولا يختلف والتقييد انما يراعي اذا كان مفيدا وحكم الحكم توسط والمتوسطون يختلفون في ذلك لا ختلاف الذكاء والذهن فالرضاء بكون احدهما حكما لكونه عالما بحقيقة الحال لا يكون رضي بالآخر فقد تفرد كل واحد من الشاهدين بما شهد به

المادة ١٧٩١ - الوكيل المسخر هو الوكيل المنصوب

من قبل الحاكم للمدعى عليه الذي لم يحضر برضاه ولم يمكن احضاره جبرا للمحكمة

فالوكيل المسخر من ينصبه القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه وانما يجوز ذلك فيما لو اختفى في بيته بعد ما نادى امين القاضي على باب داره اياما — لكن في زماننا هذا كان اولا يبلغ بواسطة ثلاث اوراق دعوتية ثلاث مرات ثم اكتفى بتبليغه مرة واحدة وهذا التوقيت في غير مواضع الضرورة التي تفوت بارسال اوراق الدعوتية وسيأتي لهذا مزيد ايضاح في مسائل الحكم على الغائب في شرح المادة ١٨٣٤ انشاء الله تعالى

# الباب الاول

## في الحكام ويحتوي على اربعة فصول

# الفصل الاول

### — في بيان اوصاف الحاكم —

---

المادة ١٧٩٢ – ينبغي ان يكون الحاكم حكيما فهيما مستقيما وامينا مكينا متينا

في الهندية والبحر وغيرهما القضاء من اهم امور المسلمين فكل من كان اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على مايصيبه من الناس كان اولى وينبغي للسلطان ان يتفحص في ذلك ويولي من هو اولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين ( بحر ) ولهذا قالت المجلة

( ينبغي ان يكون الحاكم حكيما )

صفة مشبهة من حكم الرجل بضم الكاف مثل حلم صار حكيما. والحكمة تاتي بمعنى الفهم والعلم والفقه ومنه ( آتيناه الحكم صبيا ) . وتاتي بمعنى الاصابة في القول والعمل ويدخل في ذلك العدل – وهذه الخصال

لا تكون الا لارباب العقول الخالصة عن شوائب الوهم المتباعـدة عن متابعة الهوى . ولا مـانع من ان يراد بالحكمة هنا تلك المعاني كلها وهي تنشأ عن العقل والعقل له مراتب اربع

الاولى الاستعداد المحض ويسمى العقل الهيولاني وهو قوة خالية عن الفعل كما للاطفال فان لهم حال الطفولية وابتداء الخلقة استعدادا محضا ليس معه ادراك .

المرتبة الثانية العقل بالملكة وهو العلم بالضروريات واستعداد النفس بذلك لاكتساب النظريات وهي ارقى

المرتبة الثالثة العقل بالفعل وهـو ملكة استنباط النظريات من الضروريات بحيث متى شاء استحضر الضروريات ولاحظها واستنتج منها النظريات ولا شك ان هذه المرتبة اعلا مما قبلها

المرتبة الرابعة العقل المستفاد وهو ان يحضر عنده النظريات بحيث لا تغيب عنه - وهل يمكن ذلك ما دام الانسان في جلباب من بدنه فيه تردد اه مواقف - فاذا اطلق لفظ حكيم بمعنى عاقل فالمراد بـه هنا الثانية والثالثة .

اذا عرفت هذا فينبغي ان يكون القاضي بكمال من العقل فلا يولي الاحمق وهو ناقص العقل قال في المستظرف الحمق ، الخفة غريزة لا تنفع فيها الحيلة وهي داء دواءه الموت وفي الحديث الاحمق ابغض الخلق الى الله تعالى اذ حرمه اعز الاشياء عليه وهو العقل ويستدل على صفته من حيث الصورة بطول اللحية لان مخرجها من الدماغ فمن افرط طول لحيته قل دماغه ومن قل دماغه قل عقله ومن قل عقله فهو اخف - واما صفته من حيث الافعال فترك نظره في العواقب وثقته بمن لايعرفه والعجب وكثرة الكلام وسرعة الجواب وكثرة الالتفات والخلو من العلم والعجلة والخفة والسفه والظلم والغفلة والسهو والخيلاء ان استغنى بطر وان افتقر قنط وان قال فحش وان سئل بخل وان سئل الح وان قـال لم يحسن وان قيل لم يفقه وان ضحك قهقه وان بكى صرخ - واذا

اعتبرنا هذه الخصال وجدناها في كثير من الناس فلا يكاد يعرف العاقل من الاحمق . قال سيدنا عيسى عليه السلام عالجت الاكمه والابرص فابرأتهما وعالجت الاحمق فلم يبرأ [ فهيما ] في تاج العروس شرح القاموس الفرق بين الفهم والعلم هو ان العلم مطلق الادراك واما الفهم فهو سرعة انتقال النفس من الامور الخارجية الى غيرها . وفي احكام الآمدي الفهم جودة الذهن من جهة تهيئته لاقتناص ما يرد عليه من المطالب ولهذا صرح بقوله فهما ولم يكتف بلفظ حكيم ، وان افاد معنى العلم فينبغي ان يكون سريع الانتقال واعيا دراكا لما يتكلم به المتداعيان فربما يصدر من الخصم ما يعد اقرارا والقاضي لم يفهمه فيضيع حق الاخر ، ولهذا جاء في الرسالة المتقدمة من سيدنا عمر التوصية بقوله ( الفهم الفهم ) ، وان يكون متيقظا كثير التحرز من الحيل وما يتم مثله على المغفل والمتهاون ، وان يكون عالما بما لا بد منه من العربية واختلاف معاني العبارات فان الاحكام تختلف باختلاف العبارات في الدعاوي والاقرار والشهادات وغير ذلك ، وان يكون غير مستكبر عن مشورة من معه من اهل العلم ورعا زكيا مرضي الاحوال لا يخشى في الله لومة لائم عالما بالفقه والآثار وبوجه الفقه الذي يؤخذ منه الحكم الى غير ذلك ورسالة سيدنا عمر المتقدمة في شرح المادة ١٧٨٤ اصل في ذلك كله [ مستقيما ] يقال لغة قوم العود واقامه فقام واستقام ثم استعمل مجازا فيمن استقام في افعاله متوجها الى الله تعالى قال الله تعالى ( فاستقيموا اليه واستغفروه ) اي استقيموا في افعالكم متوجهين اليه تعالى بالتوحيد والاخلاص لا رياء لاجل الشهرة - وهذا مؤدي ما في آخر الرسالة المشار اليها ( فانه من يصلح بينه وبين الله تعالى الخ ) ، [ واميناً ] يتقي الله تعالى ويقضي بالحق ولا يقضي لهوى يضله ولا لرغبة تغيره ولا لرهبة تزجره . وينبغي ان يكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف ( تبيين ) . فلو كان شديدا مع العنف كان فظا غليظا ولا ينبغي ان يكون كذلك واميناً اي مؤمنا على كل شيء فلو قلد وهو

عدل ففسق لاينعزل بل يبقى حكمه نافذا لكنه يستحق العزل الا ان يكون عزله مشروطا بذلك ( بحر وغيره ) وهذا ظاهر المذهب كما في الهداية [ مكينا ] اي عظيم المنزلة من مكن فلان عند السلطان مكانة عظم عنده فلا ينبغي ان يكون من اسافل الناس ( متينا ) من متن متانة بمعنى قوي وصلب . ويقال في مجازه رأي متين وشعر متين وفي رأيه متانة وهذا هو المراد هنا لا المتانة بمعنى القوة الجسمية والتعبير بلفظ ينبغي في هذه المادة وما بعدها يفيد انه لو قلد السلطان محاباة من ليس اهلا للقضاء جاز ونفذ حكمه ان وافق الشرع لكن المسئولية عند الله تعالى عليه وعلى من قلده قال سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه ما من امير امر اميرا او استقضى قاضيا محاباة الا كان عليه نصف ما اكتسب من الاثم وان استقضاه نصيحة للمسلمين ، كان شريكه فيما عمل من طاعة الله تعالى ولم يكن عليه شيء مما عمل من معصية الله تعالى

المادة ١٧٩٣ — ينبغي ان يكون الحاكم واقفا على المسائل الفقهية وعلى اصول المحاكمة ومقتدرا على فصل وحسم الدعاوي الواقعة تطبيقا لها

[ ينبغي ان يكون الحاكم واقفا على المسائل الفقهية ]

استفيد من قوله ينبغي دون يلزم او يجب ، صحة تقليد الجاهل فيستفتي من غيره وينفذ حكمه اذا وافق الشرع وان كان الوبال على من قلده في القول الاصح عندنا خلافا للشافعي . والمراد بالمسائل الفقهية هنا الفروع المأخوذة من الكتاب والسنة واجماع الامة والقياس كما سلف تحقيقه في المادة الاولى اول الكتاب لان علم الفقه لا يطلق الا على العلم الخاص بالدين الاسلامي وهو شامل للملكة وقوة الاستنباط من

تلك الاركان الاربعة والعلم بالمسائل الفروعية المستنبطة منها . والمعنى الاول خاص بالمجتهد اعني العلم بالمعاني التي تعلقت بها الاحكام من كتاب وسنة واجماع ومقتضياتها واشاراتها — ولما كانت شروط الاجتهاد متعسرة في زماننا اذ من شروطه الوقوف على مواقع الاجماع فيلزمه معرفتها كما يلزمه معرفة النصوص ومعرفة الناسخ من المنسوخ كي لا يحكم بخلافها ، انحصر المراد بالمعنى الثاني فباب الاجتهاد في زماننا منسد لا مسدود بل الفقيه الماهر المتضلع في فروع مسائل الاجتهاد اندر من الكبريت الاحمر في هذا العصر فلا حول ولا قـوة الا بالله ( اذا لم تكن الا الاسنة مركباً فليس على المضطر الا ركوبها ) راجع ما تقدم في شرح المادة . وبحث الاجتهاد في كتب الاصول ( و ) ينبغي ايضا

## ان يكون واقفا على اصول المحاكمة

الظاهر ان المراد باصول المحاكمة مقدمات الحكم نحو ارسال اوراق الدعوتية للمدعى عليه طبق الاصول الموضوعـة مثلا والنظر في كيفية التبلغ والتبليغ وتشكيل الطرفين ومعرفـة من يكون خصما ومن لا يكون واعطاء كل ذي كلام حقه من الكلام والمنع عن التجاوز الى فضول الكلام ورعاية المدة المضروبة لقبول الاعتراض على الحكم اذا كان غيابيا ومتى يسوغ له اصدار الحكم الغيابي وفي سماع البينات وفي التحليف ورعاية احكامه ورعاية اصول الكشف عـلى المتنازع فيه اذا مست الحاجة وغير ذلك من الاحوال التي توجب نقض الحكم اذا لم تكن على اصولها فيتضرر صاحب الحق بالتأخير دون الوصول الى حقه

ثم ان معرفة المسائل الفقهية فن وتطبيق حادثات الدعاوي عليها فن آخر فليس كل واقف على الفروع الفقهية مقتدرا في تطبيق حادثة الدعوى عليها فربما يلتبس عليه الشريك بالاجير مثلا ويد الامانة بيد الضمان بل

قد يلتبس عليه المدعي بالمدعى عليه - في الفتاوي الكاملية قال رجل لابي حنيفة اني حلفت لا اكلم امراتي حتى تكلمني وحلفت هي بصدقة ما تملك ان لا تكلمني حتى اكلمها فتحير الفقهاء فيه فقال سفيان من كلم صاحبه حنث فقال ابو حنيفة اذهب وكلمها ولا حنث عليكما فذهب الى سفيان واخبره بما قال ابو حنيفة فذهب ابو سفيان لابي حنيفة مغضبا وقال تبيح الفروج فقال ابو حنيفة وما ذاك قال سفيان اعيدوا على ابي حنيفة السؤال فاعادوه واعاد ابو حنيفة الفتوى فقال من اين قلت قال لما شافهته باليمين بعد ما حلفت كانت مكلمة فسقطت يمينه وان كلمها فلا حنث عليه ولا عليها لانه قد كلمها بعد اليمين فسقطت اليمين عنها قال سفيان انه ليكشف لك من العلم عن شيء كلنا عنه غافل

[ ومقتدرا على فصل وحسم الدعاوي الواقعة تطبيقا لهما ]

بضمير المثنى راجع الى المسائل الفقهية واصول المحاكمة وهو اولى مما في بعض النسخ تطبيقا لها بافراد الضمير

ولا يخفى ان المسائل الفقهية واصول المحاكمة «طبق عليها» لانها الاصل في ان يطبق عليها العمل في حادثات الدعاوي فالاصوب ان يقال تطبيقا عليها يؤيده ان الاصل وهي العبارة التركية هكذا ( ودعاوئي واقعه يي ) باداة المفعول به ( انلره تطبيقا فصل وحسم او لميدر ولعل القصور نشأ من الترجمة

المادة ١٧٩٤ - يلزم ان يكون الحاكم مقتدرا على التمييز التام بناء عليه لا يجوز قضاء الصغير والمعتوه والاعمى والاصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي

اعلم انه لا يكون اهلا للقضاء الا من هو اهل للشهادة قال في الدر لان كلا منهما من باب الولاية . والشهادة اقوى لانها ملزمة على القاضي والقاضي ملزم على الخصم ومن لا تصح شهادته لا يصح قضاءوه فلذا قيل حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة فالعدو لا تقبل شهادته على عدوه اذا كانت دنيوية فلا ينفذ قضاءوه عليه ثم انما تثبت العداوة بنحو قذف وجرح وقتل ولي لا بمخاصمة نعم هي تمنع الشهادة فيما وقعت فيه المخاصمة تنوير ودر مختار وغيرهما ولذا قال

[ يلزم ان يكون الحاكم مقتدرا على التمييز التام ]

بعقله وبصره وسمعه لان فاقد هذه القوى لا تصح شهادته فلا يصلح ان يكون قاضيا

## بناء عليه لا يجوز قضاء الصغير المعتوه

والعبد والاخرس

[ والاعمى والاصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي ]

بخلاف الاطرش وهو من يسمع الصوت القوي فالاصح الصحة در مختار . وفي رد المحتار وينبغي ان يكون الحكم كذلك في المفتي فان قلت يفرق بينهما بان المفتي يقرأ صورة الافتاء ويكتب جوابه فلا يحتاج الى السماع قلت الظاهر من كلامهم عدم الاكتفاء بهذا في القاضي مع انه يمكن ان يكتب له جواب الخصمين فكذا في المفتي ويمكن الفرق

بان القضاء لا بد له من صيغة مخصوصة بعد دعوى صحيحة فيحتاط فيه - بخلاف الافتاء فانه افادة الحكم الشرعي ولو بالاشارة فلا يشترط فيه السماع اه منح ملخصا واستدرك عليه في رد المحتار بقوله قلت لا شك انه اذا كتب له واجاب عنه جاز العمل بفتواه واما اذا كان منصوبا للفتوى يأتيه عامة الناس من نساء واعراب وغيرهم فلا بد ان يكون صحيح السمع لانه لا يمكن كل سائل ان يكتب له سوآله وقد يحضر اليه الخصمان ويتكلم احدهما بما فيه الحق عليه لا له والمفتي لم يسمع ذلك منه فيفتيه على ما سمع من بعض كلامه فيضيع حق خصمه فلا ينبغي التردد في انه لا يصلح ان يكون مفتيا عاما ينتظر القاضي جوابه ليحكم به فان ضرر مثل هذا اعظم من نفعه - ثم ان القضاء المقرون باداة السلب هنا يجوز ان يراد به المعنيان الحاكمية والحكم راجع المادة ١٧٨٤ . فعلى هذا لو تقلد احد القضاء وحكم مدة ثم تبين انه عبد او محدود في قذف او معتوه مثلا ، لا تصح حاكميته ولا تكون احكامه صحيحة لعدم قبول شهادتهم راجع المادة ١٦٨٦ . وفي الفتح لو قلد عبد فعتق جاز تقليده بتلك الولاية بلا حاجة الى تجديد - بخلاف تولية صبي فادرك او مجنون فافاق لابد من تجديد ولايتهما لان العبد من اهل الولاية في الجملة بخلاف الصبي والمجنون . ولو طرأ عليه العمى او الصمم او الجنون بعد ان تقلد القضاء لا ينعزل بل يستحق العزل فلو زالت عنه هذه العوارض ثم حكم نفذ حكمه لان هذا العارض مانع وقد زال واذا زال المانع عاد الممنوع راجع المادة ٢٤

واما العدالة فليست شرطا للقضاء فالفاسق اهل للقضاء فلو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا واثم - ولو كان القاضي عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله تعالى . وفصل بعض المشايخ فقال اذا قلد الفاسق ابتدأ يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم

يكن راضيا بتقليده دونها ( هداية ) . وفي الفتح اتفقوا في الأمرة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لانها مبنية على القهر والغلبة والفاسق لا يصلح مفتيا لان الفتوى من امور الدين والفاسق لا يقبل قوله في الديانات ( در مختار عن ابن ملك ) قال العيني واختاره كثير من المتأخرين وهو قول الائمة الثلاثه وقيل يصلح وبه جزم في الكنز لانه يجتهد حذر نسبة الغلط — وفي الهندية والمفتي لا يشترط ان يكون حرا ولا ذكرا ولا ناطقا لان الافتاء من قبيل الرواية والمفتي كالراوي لا كالشاهد والقاضي ولذا تصح فتواه لمن لا تقبل شهادته له فيصح افتاء الاخرس حيث فهمت اشارته بل الناطق ان قيل له ايجوز هذا فحرك راسه اي نعم ، جاز ان يعمل باشارته وينبغي ان يكون متنزها عن خوارم المروءة فقيه النفس سليم الذهن حسن التصرف . وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها واطلق له التصرف فان له ان يولي ويعزل كذا قالو . ولا بد من ان لا يصرح له بالمنع او يعلم ذلك بعرفهم فان نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاة ولا يعزلون ولو ولى فحكم المولى ثم جاء بكتاب للسلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا امر عبده على ناحية وامره ان ينصب القاضي جاز فان نصبه كنصب السلطان بنفسه

# الفصل الثاني

## — في بيان آداب الحاكم —

الاداب جمع ادب في المصباح يقع على كل رياضة محموده يتخرج بها الانسان في فضيلة ونقل الجو اليقي في شرح ادب الكاتب الادب في اللغة حسن الاخلاق وفعل المكارم واطلاقه على علوم العربيه مولد حدث في الاسلام - يقال ادب الرجل كحسن يأدب ادبا فهو اديب جمعه ادباء ومعتد به ادب يأدب كضرب يضرب والادبة والمأدبة بضم الدال طعام صنع لدعوة او عرس والادب بفتح فسكون مصدر ادبه يادبه دعاه الى طعام والآدب الداعي الى الطعام قال طرفة

( نحن في المشتاة ندعو الجفلى ما ترى الادب فينا ينتقر )

اي يعاب ولما كانت الخصال الحميدة تدعو الى الخير سميت ادبا والآداب هي من الكمالات المحمودة عقلا وشرعا ينبغي ان يتحلى بها كل انسان وهي في قاضي الشرع اجدر لان عيون الناس مصروفة اليه ولذا قال

[ يجتنب الحاكم الافعال والحركات التي تزيل مهابة المجلس ]

اي من كل ما يزيل مهابته فالتوصيف باسم الموصوف يفيد التعميم لان القاعدة ان الشيء اذا وصف بوصف يعم جميع افراده يصير نصا في التعميم نحو [ وما من دابة في الارض ولا طائر يطير بجناحيه ] وهي كثيرة اتى ببعضها على وجه المثال فقال [ كالبيع والشراء ] اذا كان

لنفسه واما لاجل غيره كمال اليتيم والمديون فلا حرج فاذا كان مثل البيع والشراء معدودا فيما يزيل مهابة المجلس فنحو الاكل ورفع الصوت والشتم والبذاءة وفضول الكلام من باب اولى [ والملاطفة ] والمزاح مطلقا ولو في غير المجلس لكنها في المجلس اشين والملاطفة التي هي عبارة عن الانبساط مع الغير بدون ايذاء وان كانت غير ممنوعة شرعا الا ان الاجتناب عنها رعاية للوقار وحشمة المجلس اولى ثم ان المزاح الصادر عن قول حق ولم يكن على سبيل الاستهزاء والسخرية كذلك غير منهي عنه شرعا الا انه ينبغي اجتنابه في حق القاضي للعلة المذكورة وربما الاكثار منه يؤدي الى الايذاء والعداوة وان كان عن سخرية واستهزاء فهو حرام وربما يجر الى الكفر والعياذ بالله تعالى اذا كان عن استخفاف في المسائل الدينية ففي البزازية رجل يجلس على مكان مرتفع اولا يجلس عليه لكن يسئلونه عن مسائل بطريق الاستهزاء ويضربونه بما شاؤوا وهم يضحكون ، كفروا ولو جمع الجماعة في موضع ثم قال لجمعناهم جمعا او قال لحشرناهم فلم نغادر منهم احدا كفر وكذا لو قال لغيره والنازعات نزعا او ترعا ، كفر وكذا لو شرب الخمر وقال بسم الله او قال ذلك عند الزنا او عند اكل الحرام المقطوع بحرمته او عند اخذ كعبتين للنرد كفر وينبغي للحاكم ان يجتنب بطانة السوء وليكن ضحكه تبسما ونظره فراسة وتوسما واطراقه تفهما ويجالس الفقهاء ويشاورهم اذا عرضت له مشكلة قال الامام الشافعي رحمه الله تعالى في كتاب الام بسنده قال ابو هريرة رضي الله تعالى عنه ما رأيت احدا اكثر مشاورة لاصحابه من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الله عز وجل ( وامرهم شورى بينهم ) قال الشافعي قال الحسن ان كان النبي صلى الله عليه وسلم لغنيا عن مشاورتهم ولكنه اراد ان يستن بذلك الحكام بعده اذا نزل بالحاكم الامر يحتمل وجوها ، او مشكل ينبغي له ان يشاور ولا ينبغي له ان يشاور جاهلا لا معنى لمشاورته ولا عالما غير امين فانه ربما اضل من يشاوره ولكنه يشاور من جمع العلم والامانة وفي المشاورة رضي

الخصم والحجة عليه - واما ما يقضي له من كاتب او اكثر يكون متصفا بالامانة والصلاح والاقتدار في تنظيم الصكوك وخلافها فمذكور في قانون اصول المحاكمات الشرعية

## المادة ١٧٩٦ - الحاكم لا يقبل هدية واحد من الخصمين

الاصل في ذلك ما في البخاري استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد على الصدقة فلما قدم قال لكم هذا وهذا لي قال عليه الصلاة والسلام هلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر ايهدى له ام لا قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة واستعمل عمر ابا هريرة فقدم بمال فقال له من اين لك هذا قال تلاحقت الهدايا قال له عمر هلا قعدت في بيتك فتنظر ايهدى لك ام لا فاخذ ذلك منه وجعله في بيت المال

وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سببها الولايه ( رد محتار عن الفتح ) وكان من اجتهاد ابي هريرة حل ذلك - وفي البحر الهدية ليس احترازيا اذ يحرم عليه الاستقراض والاستعارة ممن يحرم عليه قبول هديته كما في الخانية قلت ومقتضى هذا انه يحرم عليه سائر التبرعات فتحرم المحابات ايضا ولذا قالوا له اجرة كتابة الصك بقدر اجر المثل فان مفاده انه لا يحل له اخذ الزيادة لانها محاباة وعلى هذا فما يفعله بعضهم من شراء الهدية بشيء يسير او بيع الصك بشيء كثير لا يحل لانه اذا حرم الاستقراض والاستعارة فهذا اولى ولو تأذى المهدي بالرد يعطيه مثل قيمتها ( در مختار ) ولو تعذر الرد لعدم معرفته او بعد مكانه وضعها في بيت المال لترد على صاحبها اذا اظهر فتح ويستثنى من ذلك كما في التنوير وحواشيه اربع الهدية من السلطان او من وال تولى الامر منه او من قريبه المحرم لخرج ابن العم او ممن جرت عادته بذلك بقدر عادته فلو زاد لا تقبل الزيادة الا ان مال المهدي قد زاد فبقدر

ما زاد ماله اذا زاد في الهدية لا بأس بقبولها ( فتح ) ومع هذا يشترط ان لا يكون لها خصومة فان قبلها بعد انقطاع الخصومة جاز — وفي ط عن الحموي الا ان يكون مما لا تتناهى خصوماته كنظار الاوقاف ومباشريها — ثم هذا في الهدية فالرشوة من باب اولى والفرق بين الهدية والرشوة ان الرشوة ما يعطيه بشرط ان يعينه والهدية لا شرط معها وفي الخانية الرشوة على وجوه اربعة

منها ما هو حرام من الجانبين وذلك في موضعين احدها اذا تقلد القضاء بالرشوة حرم على القاضي والآخذ وفي صلح المعراج تجوز المصانعة للاوصياء في اموال اليتامى وبه يفتى ثم قال من الرشوة المحرمة على الآخذ دون الدافع ما يأخذه الشاعر

الثاني اذا دفع الرشوة الى القاضي ليقضي له حرم من الجانبين سواء كان القضاء بحق او بغير حق

ومنها ما اذا دفع الرشوة خوفا على نفسه او ماله فهو حرام على الآخذ غير حرام على الدافع فكذا اذا طمع في ماله فرشاه في بعض المال

ومنها اذا دفع الرشوة ليسوي امره عند السلطان حل له الدفع ولا يحل للآخذ فان اراد ان يحل للآخذ يستاجر الآخذ يوما الى الليل بما يريد ان يدفع اليه فانه تصح هذه الاجارة . ثم المستاجر ان شاء استعمله في هذا العمل وان شاء استعمله في غيره — هذا اذا اعطاه الرشوة اولا ليسوي امره عند السلطان وان طلب منه ان يسوي امره ولم يذكر له الرشوة واعطاه بعد ما يسوي اختلفوا فيه والصحيح انه يحل لانه يريد مجازاة الاحسان ولم ار قسما يحل فيه الاخذ دون الدفع — واما الحلال من الجانبين فهو الاهداء للتودد والمحبة وفي السير الكبير الرشوة لا تملك الى ان قال ابرأه عن الدين ليصلح مهمة عند السلطان لا يبرا وهو رشوة ولو ابى الاضطجاع عند امراته فقال ابرئني عن المهر فاضطجع معك فابرانه قيل يبرأ لان الابراء للتودد الداعي للجماع بخلاف الابراء ليصلح مهمة عند السلطان لانه مقصود على اصلاح المهم واصلاح

المهم مستحق عليه ديانة وبذل المال فيما هو مستحق عليه حد الرشوة

واعلم ان التوبة من الرشوة لا تكون الا برد المال الى صاحبه والنص القاطع بحرمتها جاء في الكتاب وهو قوله تعالى في سورة النساء ( يا ايها الذين آمنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل ) وفي سورة البقرة ( ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام ) معنى الاية على ما ذكره اهل التفسير لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل اي بالوجه الذي لم يبحه الله تعالى وذلك الوجه كالرشوة او الربا او السرقة او الغصب ظلما . والوجه الذي اباحه الشرع التجارة والهبة الصحيحة وغير ذلك . والادلاء اصله من ادليت دلوى ارسلتها في البئر للاستقاء فاذا استخرجتها قلت دلوتها ثم جعل كل القاء قول او فعل ادلاء ومنه يقال للمحتج ادلى بحجته كانه يرسلها ليصير الى مراده وفلان يدلي الى الميت بقرابة او رحم اذا كان منتسبا اليه فيطلب الميراث بتلك النسبة طلب المستقي الماء بالدلو وقوله تعالى وتدلوا داخل في حكم النهي اي لا تدلوا بها الى الحكام اي لا ترشوها اليهم او تلقوا امرها والحكومة فيها اليهم لتأكلوا طائفة من اموال الناس بشهادة الزور او باليمين الكاذبة او بالصلح مع العلم بان المقضى له ظالم — والفرق بين الوجهين ان الحكام على الاول حكام السوء الذين يقبلون الرشا التي هي رشا الحاجة فيها يصير المقصود البعيد قريبا واذا اخذها حاكم السوء مضى في الحكم كمضي الدلو في الارسال وقد قالوا اذا دخلت الرشا من الابواب خرجت الامانة من الكوات — وعلى الثاني قد يكون الحاكم عادلا ولكن قد يشتبه عليه الحق فليتق الله تعالى من خاصم وهو ظالم ففي الطبري عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما هذه الآية في الرجل يكون عليه مال وليس عليه فيه بينة فيجحد المال فيخاصم فيه الى الحكام وهو يعرف الحق عليه وهو يعلم انه آثم آكل حرام

واعلم ان من قضي له بالباطل فان خصومته لم تنقض حتى يجمع الله بينهما يوم القيامة فيقضي على المبطل للمحق ويأخذ مما قضى به للمبطل

على المحق في الدنيا - قال تعالى ( ياداود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين النـاس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله ) - والامر هنا للوجوب كما ان النهي للتحريم - واما السنة فقد اورد في الجامع الصغير لعن الراشي والمرتشي

واعلم ان خلاصة ما في الكتب الفقهية من مداخل الحلال ، لا تخلو اما ان تكون باختيار المتملك ، او بغير اختياره كالارث والذي باختياره اما ان لا يكون مأخوذا من مالك كالمعادن ، واما ان يكون مأخوذا من مالك وذلك اما ان يؤخذ قهرا او بالتراضي والمأخوذ قهرا اما ان يكون لسقوط عصمة المالك كالغنائم ، او لاستحقاق الاخذ كزكوة المتنعمين والنفقات الواجبة عليهم - والماخـوذ تراضيا ان يؤخذ بعوض كالبيع والصداق والاجرة واما ان يؤخذ بغير عوض كالهبة فهذه ستة

الاول مالا يؤخذ من مالك كنيل المعادن واحياء الموات والاصطياد والاحتطاب والاستقاء من الانهار والاحتشاش فهذا حـلال بشرط ان لا يكون الماخوذ مختصا بذي حرمة من الآدميين

الثاني الماخوذ قهرا ممن لا حرمة له وهي الفيء والغنيمة من المحاربين من غير المسلمين وذلك حلال للمسلمين اذا اخرجوا منه الخمس فقسموه بين المستحقين بالعدل ولم ياخذوه ممن له حرمة وامان وعهد

الثالث الماخوذ قهرا لاستحقاق عند امتناع من عليه فيؤخـذ دون رضاه وذلك حلال اذا تم سبب الاستحقاق وتم وصف المستحق واقتصر على المستحق

الرابع مـا يؤخـذ تراضيا بمعاوضة وذلك حلال اذا روعي شرط العوضين وشرط العاقدين وشرط لفظي الايجاب والقبول مع مـا تعبدنا الشرع به من اجتناب الشروط المفسدة

الخامس ما يؤخذ بالرضى من غير عوض كما في الهبة والصدقة اذا روعي شرط المعقود عليه وشرط العاقدين وشرط العقـد ولم يـؤد الى ضرر بوارث او غيره

السادس مايحصل بغير اختياره كالميراث وهو حلال اذا كان المورث قد اكتسب المال من بعض الجهات الخمس على وجه حلال — ثم كان ذلك بعد قضاء الدين وتنفيذ الوصايا وتعديل القسمة بين الورثة وافراز الزكوة والحجج والكفارة ان كانت واجبة —

فهذه مجامع مداخل الحلال وما سوى ذلك فحرام لا يجوز اكله وكذا اذا كان من هذه الجهات وصرفه الى غير المصارف الشرعية كالخمر والزمر والزنى واللواطة والميسر والسرف المحرم وكل هذه الوجوه داخلة تحت قوله سبحانه ( لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل ) — ثم لو اخذ القاضي القضاء برشوة دفعها لتوليته بان اخذها منه الامام او قومه وهو عالم به مشى في الكنز وغيره على انه لا يصير قاضيا فلا تصح قضاياه وهو الصحيح واما لو قضى برشوة ففيه اختلاف قيل لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الائمة وقيل لا ينفذ فيهما ورجح في الفتح الاخير ، لان حاصل امر الرشوة فيما اذا قضى بحق ، ايجابها فسقه وقد فرض ان الفسق لايوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وينبغي اعتماده للضرورة في هذا الزمان والا بطلت جميع القضايا الواقعة اليوم وتمامه في الفتح

## المادة ١٧٩٧ — الحاكم لا يذهب الى ضيافة احد الخصمين قطعا

الخصومة تمنع من ذهابه الى الضيافة مطلقا سواء كان بين المضيف والقاضي قرابة او مباسطة قبل القضاء ام لا وسواء كانت عامة او خاصة ولهذا قال قطعا لانها توجب التهمة وايذاء قلب احد المتخاصمين واما في غير المتخاصمين فله الذهاب في العامة لانها لا توجب التهمة دون الخاصة اذ ليس للقاضي ان ينتفع بشيء من اموال الناس بلا بدل والعامة هي

التي يتخذها المضيف حضر القاضي ام لا . والخاصة هي التي لا يتخذها لولا حضور القاضي كذا في الهداية وحكي عن القاضي ابي علي النسفي ان العامة هي دعوة العرس والختان وما سواها خاصة واستحسنه في الفتح قال فان الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما مضى عمر ولم يعرف من اصطنع طعاما ابتداء لعامة الناس بل ليس الا لهاتين الخصلتين او لمخصوص من الناس ولانه اضبط فان معرفة كون الرجل لو لم يحضر القاضي لم يصنع او يصنع ، غير محقق فانه امر مبطن وان كان عليه لوائح ليس كضبط هذا ويكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي

وبحث في البحر بانه ليس بحسن لان العامة عرفا لا تنحصر في هاتين لان العقيقة كذلك وكذا طعام القدوم من سفر الحج وفي زماننا يصنع طعام في العيدين فالمعتمد ما في الهداية وفي السراج الوهاج انه اصح ما قيل في تفسيرها اه واختاره شمس الائمة السرخسي

اقول وكذا ما جرت به العادة في بلادنا من الاصطناع في شهر رمضان بل كثيرا ما يعرض للانسان من حالات يتخذ لاجلها مأدبة كقدوم صديق او عميل او غير ذلك يجمع اليها اودآءه لا تكون لاجل القاضي فلا شك ان قول صاحب الهداية اضبط — لكن له ان يجيب الدعوة الخاصة في موضعين لمحرمه وان له عادة في دعوته قبل ان يصير قاضيا بشرط عدم الخصومة فيها ولا يزاد على المعتاد فلو كان من عادته دعوته في الشهر مرة قبل القضاء فصار يدعوه في كل اسبوع مرة لا يجيبه ولو اتخذ له طعاما اكثر من الاول لا يجيبه الا ان يكون ماله قد زاد ( بحر عن التتارخانية ) — قيد بالضيافة لان له ان يشهد الجنازة ويعود المريض لان هذا من حق المسلم على المسلم ففي الحديث للمسلم على المسلم ست حقوق اذا دعاه يجيبه واذا مرض يعوده واذا مات يحضره واذا لقيه يسلم عليه واذا استنصحه ينصحه واذا عطس يشمته وهو لا يسقط بالقضاء لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان وانما يعوده بشرط

ان لا خصومة له والا فلا

واما هو فلا مانع من ان يتخذ ضيافة لكن لا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة عناية وفي الفتح جاء رجل فنزل على علي رضي الله تعالى عنه فاضافه فلما قال اني اريد ان اخاصم قال له علي رضي الله تعالى عنه تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا ان نضيف الخصم الا ومعه خصمه

المادة ١٧٩٨ — الحاكم لا يوجد في حال وحركة توجب التهمة وسوء الظن كقبول احد الطرفين في داره والخلوة في المجلس معه او الاشاره بالعين او اليد او الرأس الى احدهما او قوله لاحدهما كلاما خفيا او قوله لاحدهما بلسان لم يفهمه الآخر

[ الحاكم لا يوجد في حال وحركة توجب التهمة وسوء الظن ]

فينبغي منه الاجتناب عن كل شيء يوجب ذلك وهذا لا يدخل تحت الحصر ولهذا اتى على وجه المثال بقوله

[ كقبول احد الطرفين في داره والخلوة في المجلس معه ]

سواء كان في مجلس المحاكمة او غيره فالمجلس باعتبار عمومه يغني عن قوله كقبول احد الطرفين في داره بل القبول في داره ادعى للتهمة فيتجنب عن ذلك من باب اولى — والاصل في هذا ما اخرجه في الجامع

الصغير عن عبد الله بن عدى الجرجاني قال صلى الله عليه وسلم ( اذا ابتلى احدكم بالقضاء بين المسلمين فلا يقضي وهو غضبان وليسو بينهم في النظر والاشارة ) وخص المسلمين لا صالتهم والا فالنهي يتناول ما لو قضى بين ذميين رفعا اليه والتسوية في المجلس ان لا يرفع بعضهم على بعض وفي الاشارة ان لا يشير الى واحد دون الاخر والامر للوجوب ولفظ الاشارة في الحديث يشمل ما ذكره بقوله

[ والاشارة بالعين او اليد او الرأس الى احدهما ]

ويدخل في هذا ضحكه في وجه احد الطرفين لانه يجترئ بذلك على خصمه وبالاولى قيامه له

## او قوله لاحدهما كلاما خفيا

لما فيه من مكسرة قلب الاخر وهذا مؤدي ما جاء في كتاب سيدنا عمر المتقدم ان اس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك

## او قوله بلسان لا يفهمه الآخر

فكل ذلك يدعو الى التهمة هذا وقد اخرج البخاري في كتاب الادب عن عبد الله رضي الله تعالى عنه قال قال صلى الله عليه وسلم ( اذا كانوا ثلاثة فلا يتناجى اثنان دون الثالث ) فاذا كانت المسارة من اثنين في حضور ثالث مكروهة شرعا فما بالك بعبارة القاضي مع احد الخصمين قال في الهداية ولا يسار احدهما ولا يلقنه حجته بان يعين

احد الخصمين بتلقين من عنده على اقامة دعواه وعن ابي يوسف لا باس به ( در مختار عن العيني ) والتعبير بلا بأس يفيد ضعف هـذه الرواية وفي رد المحتار نعم في البحر عن الخانية ولو امر القاضي رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصا على قول ابي يوسف ، لانه كان قاضي المشرق والمغرب وجرب وزيادة التجربة تفيد زيادة علم — اقـول وهذا لا ينكر استحسانه اذا كان احد الخصمين امياً جاهـلا لا يحسن الدعوى مع خصم ماهر متحيل واما تلقين الشاهد وهو ان يلقن القاضي ما يستفيد به الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل ان يقول اتشهد بكذا وكذا ، فمكروه لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهـو قول ابي يوسف الاول ثم رجـع واستحسن التلقين لمن استولته الحيرة او الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله اتشهد بكذا وكذا لكن هذا في غير موضع التهمة اما فيها بان ادعى المدعي الفا وخمساية والمدعى عليه ينكر الخمساية وشهد الشاهد بالف فيقول القاضي يحتمل انه ابرأه من الخمساية واستفاد الشاهد بذلك علما فرفق بـه في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين احد الخصمين — وفي المبسوط ما قالاه عزية لان القاضي منهي عن اكتساب مـا يجر اليه تهمة الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه وقـول ابي يوسف رخصة لما ابتلي بالقضاء. شاهد الحصر عند اداء الشهادة لان مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق اذا لم يعنه على اداء الشهادة فكان تلقينه احياء للحق و كذلك ينهي اعوان الحاكم من الكتبة والخـدمة من الكلام خفيا مع احـد الخصمين والله الموفق

المادة ١٧٩٩ — الحاكم مأمور بالعدل بين الخصمين بناء عليه يلزم ان يراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحاكمة كاجلاس الطرفين واحالة النظر وتوجيه الخطاب اليهما

وان كان احدهما من الاشراف والآخر من آحاد الناس

العدل هو الاساس الاقوى الذي تبنى عليه مصالح الدين والدنيا وبه تصان الاموال والاعراض والدماء والفروج وبه يقمع الفساد وتنتظم احوال العالم والبلاد والآيات القرآنية والاحاديث النبوية طافحة بالحث على التمسك باهدابه والولوج من بابه فعلى من تولى القضاء بين الناس ان يتخذ هذه الامانة خير لباس وليعلم ان عذاب الله شديد وما يلفظ من قول الا لديه رقيب عتيد وليتذكر الحساب والسؤآل يوم تعرض الاعمال ( ومن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره ) وليقتد بالسلف كيف كانت سيرتهم بالعدل والانابة الى الله عز وجل روي ان يهوديا اشتكى سيدنا عليا الى سيدنا عمر رضي الله عنهما وعلي كما علمت ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وزوج بنته واحد المرشحين للخلافة فقال له عمر قم يا ابا الحسن فاجلس امام خصمك ففعل مع اغبرار لاح على وجهه المكرم فلما انتهت القضية سئله عمر قائلا اكرهت يا علي ان تجلس امام خصمك قال لا ولكني تكدرت لكونك لم تلاحظ المساواة بيننا بقولك لي يا ابا الحسن لان الكنية تشعر بالتعظيم ويكفي في هذا الموضوع رسالة سيدنا عمر الى ابي موسى الاشعري

ثم هذه المادة تتضمن وجوب العدل في المعاملات المتعلقة بمحاكمة الخصمين قبل الحكم وهي مقدماته فما بالك في نفس الحكم فلا يعزب عن فكرك التدبر في الايات الثلاث الكريمة ( ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الظالمون ومن لم يحكم بما انزل الله فائلك هم الفاسقون ) قال في الفتح وينبغي للخصوم اذا وصلوا ان لا يسلموا على القاضي فاذا سلموا لا يجب على القاضي رد سلامهم فان رد يقتصر على قوله وعليكم — ثم المفتي ايضا

يلزم ان يكون موثوقا به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه ( تنوير ) واما الاجتهاد فشرط الاولوية لتعذره في زماننا - وينبغي له ان يذكر في فتواه دليل الحكم ومأخذه ما امكنه واذا كان الحكم مستغربا جدا لم تألفه النفوس وانما الفت خلافه ، فينبغي للمفتي ان يذكر قبله ما يكون مؤذنا به كالدليل عليه توطئة للحكم الذي يفتي به وقد يتوقف بعض المفتين عن اعطاء الفتوى وان كانت حقا لمخالفتها لغرض السائل ومنهم من يدل المستفتي على مفت او مذهب يوافق غرضه فهذا غير جائز على الاطلاق بل ينظر فان كانت الحادثة المسئول عنها من مسائل العمل بالكتاب والسنة التي فيها نص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يسعه توقفه في الافتاء من اجل عدم موافقة غرض السائل ، وان كانت من المسائل الاجتهادية التي تتجاذبها الاقوال والاقيسة فان لم يترجح له قول منها لم يسعه ان يرجحه لغرض السائل وان ترجح له افتاه فان السائل انما يسئله عما يلزمه في الحكم ويسعه عند الله تعالى فان عرفه المفتي افتاه به سواء وافق غرضه او خالفه - ويحرم على المفتي ايضا اذا جاءته مسئلة فيها تحيل على اسقاط واجب او تحليل محرم او مكر او خداع ان يعين المستفتي فيها ويرشده الى مطلوبه او يفتيه بالظاهر الذي يتوصل به الى مقصده بل ينبغي ان يكون بصيرا بمكر الناس وخداعهم واحوالهم وكم من مسئلة ظاهرها جميل وباطنها مكر وخداع وكم من باطل يخرجه الرجل بحسن لفظه وتنميقه وابرازه في صورة حق ، ومن حق يخرجه بتهجينه وسوء تعبيره في صورة باطلة ومن له ادنى فطنة وخبرة لا يخفى عليه ذلك اه بنوع تلخيص من اعلام الموقعين لابن القيم وقواعد مذهبنا لا تأبى ذلك

# الفصل الثالث

## — في بيان وظائف الحاكم —

المادة ١٨٠٠ — الحاكم وكيل من قبل السلطان لاجراء المحاكمة والحكم

اصل الحكم وادارة الشئون ان يكون للسلطان لانه صاحب الامامة الكبرى وجميع من يعمل للعموم يكون وكيلا عنه — لكن الوكالة قد تكون بلا واسطة كأن يقول السلطان لزيد وكلتك بالحكم بين الناس، ولآخر بجباية الاموال وحفظها، ولآخر بحفظ الثغور، ولآخر بادارة الامور السياسية، ولآخر بعقلب المجرمين وهكذا كما هو صريح المادة ١٤٥٩ — وقد يكون بالواسطة كأن يقلد السلطان انسانا عملا ويفوض له العزل والنصب فالمعين من قبل تلك الذات المفوض اليها يكون ايضا وكيلا من قبل السلطان لا من قبله وهو صريح المادة ١٤٦٦ — قال في التنوير الوكيل لا يوكل فيما وكل فيه الا باذن آمره وان وكل به اي بالاذن او التفويض فهو اي الثاني وكيل الآمر فلكونه وكيل السلطان لا ينعزل بموت موكله اعني الوكيل الاول . واما عدم عزلهم بموت السلطان مع أن الوكيل الاول والثاني ينعزلان بموت الموكل، فلان السلطان ليس عاملا لنفسه في هذا التوكيل بل لمصلحة الرعية فيبقان على وكالتهما لما في الهندية واذا مات الخليفة وله قضاة وولاة فهم على حالهم وليس هذا كالوكالة . وانما صح العزل ممن فوض له السلطان مع ان الثاني ليس وكيلا عنه بل عن السلطان لان تفويض السلطان له يتضمن الاذن له بالعزل

راجع المادة ( ١٨٠٥ ) - ويتفرع على كون القاضي وكيلا عن السلطان، ان القضاء كالوكالة يجوز ان يكون مطلقا وان يكون معلقا بشرط او مضافا الى وقت راجع المادة ( ١٤٥٦ ) - وانه يجوز للسلطان ان يعزله بموجب كالفسق والارتشاء والجور او بغير موجب، وانه كما في المادة ١٥٢١ يجوز للقاضي الاستعفاء من القضاء لكن لا ينعزل ما لم يصل استعفاؤه الى السلطان او من فوض اليه السلطان فلو حكم قبل وصول استعفائه نفذ حكمه. قال في التنوير وشرحه للوكيل عزل نفسه بشرط علم موكله وكذا يشترط علم السلطان بعزل قاض وامام نفسهما والا لا

المادة ١٨٠١ - القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصوصات مثلا الحاكم المامور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك السنة فقط وليس له ان يحكم قبل حلول تلك السنة او بعد مرورها وكذلك الحاكم المنصوب في قضاء يحكم في جميع اطراف ذلك القضاء وليس له ان يحكم في قضاء آخر والحاكم المنصوب على ان يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له ان يحكم في محل آخر وكذلك لو صدر امر سلطاني بان لا تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة ليس للحاكم ان يستمع تلك الدعوى ويحكم بها او كان الحاكم بمحكمة ماذونا باستماع بعض الخصوصات المعينة فله ان يسمع الخصوصات التي اذن بها وان يحكم فيها فقط وليس له استماع ما عداها والحكم بها وكذلك لو صدر امر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لما ان رأيه بالناس ارفق

ولمصلحة العصر اوفق فليس للحاكم ان يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد واذا عمل لا ينفذ حكمه

ذكر في المادة الآنفة ان القاضي وكيل عن السلطان والوكالة تجوز معلقة ومنجزة مطلقة ومقيدة ولهذا قال

[ القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصوصات ]

بان لا يحكم فيها ، او بعض الاشخاص بان لا يحكم بينها
واعلم ان هذه كلها وان تعددت ظاهرا تؤول لمعنى واحد وهو تقييد عمله بما شرط وعدم جوازه فيما خرج عن ذلك فعطف يتخصص على يتقيد عطف تفسير يغني ذكر احدهما عن الآخر لان المقيد بقيد يتخصص به فيخرج عن الحكم ما وراءه — كذلك ما سيأتي اذا امر السلطان القاضي ان يحكم برأي مجتهد معين ، يتقيد به ولا يجوز الحكم بخلافه

[ مثلا الحاكم المامور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك السنة فقط وليس له ان يحكم قبل حلول تلك السنة ]

لانه اضاف تعيينه الى دخول اول السنة في المستقبل فلا يكون قاضيا قبل حلول اول السنة [ او بعد مرورها ] اذ بمرورها ينعزل فلا ينفذ حكمه بعد — لكن لو اضيف تعيينه الى حلول اول السنة ولم يقيد بمدة للانتهاء يعتبر قاضيا من اول السنة غير مقيد بوقت للانتهاء ما لم يعزل

وعلى هذا التوقيت كانت العادة في حكومة العثمانيين والحكمة في ذلك
انه كان قديما لا يتعين لمنصب القضاء الا الافاضل الاعلام المتبحرون في العلوم
والفنون المثابرون على التدريس ونشر العلوم – قال في الهندية ومن حق
السلطان ان ينظر الى هذا القاضي اذا مضى عليه حول فيقول لا فساد
فيك ولكن اخشى عليك ان تنسى العلم فعد وادرس العلم ثم عد الينا
حتى نقلدك ثانيا كذا في النهاية – واستمرار هولاء على الاشتغال في
وظيفة القضاء ربما يوءدي الى ضعف براعتهم في غير علم الفقه لخرصا على
حياة العلم كانت المدة في الحرمين الشريفين سنة وفي غيرهما سنتين ثم
يعودون الى التدريس وهكذا وما زالت هذه الخطة حسنة حتى انقلبت
سيئة منذ نصف قرن – فقد اسسوا مكتبا في الاستانة لتعليم ما يتعلق
بالقضاء من الفقه والفرائض وفن الصكوك على ان يكون هذا السلك
مخصوصا للمتخرجين منه فكان يخرج من هذا المكتب الغث والسمين
ومع هذا فكثير من عامة الناس الذين لا نصيب لهم من العلم ولا
خرجوا من المكتب يندرج في هذا السلك بالشفاعة والدينار

ثم بعد هذا ما زالوا مثابرين على توقيت القضاء والحكمة في ذلك
ان بيدهم الحل والعقد في تعيين القضاة وهم قاضي القضاة المعبر عنه
بشيخ الاسلام ومن تحت يده من اعضاء مجلس انتخاب القضاة كانوا
يحرصون على دوام هذه القاعدة التي صارت اعظم سيئة في زمانهم بعد
بعد ان كانت حسنة في الاعصر السابقة لما ان تبدل القضاة وانحلال
الوظائف وكثرة المراجعين في ابوابهم تدر عليه بالمنافع والهدايا من كل
فج عميق وفوق هذا لا يعينون قاضيا ويعطونه المراسلة الا باخذ مبلغ
معلوم منه يصبغونه باسم خرج مراسله ( ثم انقضت تلك السنون واهلها
فكانها وكأنهم احلام ) فلا ترى مغبونا مثل اولئك القضاة المساكين
ينفقون اعمارهم يوما بجذوى ويوما بالعقيق وهم بين ذلك افواجا افواجا
يدخلون باب المشيخة بطانا ويخرجون خماصا

وبناء على تقيده بالزمان اذا قلد السلطان رجلا قضاء يوم يجوز

ويتأقت ( هندية ) واشار الى التقييد بالمكان بقوله

[ وكذلك الحاكم المنصوب في قضاء يحكم في جميع اطراف ذلك القضاء ]

استفيد من هـذا ان المصر ليس بشرط لنفاذ القضاء وهي رواية النوادر مشت عليها المجلة فله ان يحكم في قرية تابعة للمصر الذي هو فيه اما على ظاهر الرواية فالمصر شرط لنفاذ القضاء فلو قلد السلطان رجلا قضاء بلدة كذا ، لا يصير قاضيا في سواد تلك البلدة ما لم يقلد قضاء البلدة ونواحيها ( هندية ) فقاضي الشام مثلا لا يحكم في حلب وتوابعها ولا في لواء حمص وتوابعه

[ والحاكم المنصوب على ان يحكم في محكمة معينة ]

اي مكان مخصوص من البلدة مثلا امره السلطان ان لا يحكم الا فيها

[ يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له ان يحكم في محل آخر ]

في الهندية واذا قيده بالمكان يجوز ويتقيد بذلك فعلى هذا لو قيد القاضي انابة نائبه في مسجد معين لا يكون للنائب ان يقضي في مسجد آخر لكن في زماننا لم يعهد الى القضاة التقييد بالمكان بهذا الوجه

[ كذلك لو صدر امر سلطاني بان لا تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة ]

كقطع اسباب الحيل والتزوير

[ ليس للحاكم ان يسمع تلك الدعوى ويحكم بها ]

استثناء امور مخصوصة من الوقائع بان لا تسمع الدعوى فيها ، تقييد للقضاء ايضا فالقاضي غير منصوب في حقها للنهي السلطاني فلو رآها وحكم فيها لا ينفذ حكمه والخصوصات قسمان

القسم الاول قد تكون عامة لكل فرد ومن هذا القبيل ما تقدم في المادة ١٦٦ وتواليها فالدعاوي التي مضى عليها مرور الزمان عامة لا يجوز سماعها من كل احد سواء دافع المدعى عليه بمرور الزمان او سكت فالقاضي يردها الا ان يكون اقرار — ومن ذلك اذا وقف المديون ملكه ولو في صحته هربا من الدين فالقضاة ممنوعون من تسجيله للنهي السلطاني فلو وقف المديون لهذا الغرض ولم يكن له مال آخر لوفاء الدين وراجع الغرماء القاضي يبطل وقفه . ومن ذلك ورود النهي السلطاني عن سماع الدعوى بعد وقوع الفراغ في الاملاك الصرفة او الموقوفة مثلا بالاجارتين بان الفراغ كان بطريق المواضعة او بان المفروغ له كان اسمه في السند مستعارا لا تسمع الدعوى فلو سمعها القاضي وحكم فيها ببينة مزكاة او بنكول المدعى عليه عن اليمين لا ينفذ حكمه — ومثل هذا ورود النهي السلطاني بتاريخ ٢٦ صفر سنة ١٢٧٨ عن سماع الدعوى بما يخالف مندرجات السند بعد فراغ الاراضي او ما كان منها موقوفا وقفا غير صحيح وهو ما وقفت حاصلاتها من طرف السلطان لمصلحة عمومية

بان الفراغ كان بطريق الوفاء لا بتاتا — ومن هذا ايضا مـا لو فرغ شخص ارضه لآخر مجانا ثم بعد ذلك ادعى الفارغ ان الفراغ كان على شرط ان المفروغ له ينفق على الفارغ مدة حياته ولم يكن هـذا الشرط مندرجا في سند الفراغ لا تسمع كما لا تسمع لو ادعى بعد الفراغ انه وقع وفاء او ان الفارغ كان اعطاه رهنا قبل الفراغ

القسم الثاني ان تكون الخصوصات خاصة كما لو امر السلطان القاضي بعدم استماع دعوى زيد مطلقا او الى اجـل معين لا يسمعها فلو عمـل وحكم لا ينفذ او امر ان لا يكون زيـد نائبا من بعد ، فعينه قاضي البلدة لا يصح ولا ينفذ حكم ذلك النائب كذلك اذا ولى السلطان انسانا ان يحكم في قضية مخصوصة بين زيد وعمرو فقط لا يجـوز ان يحكم بين غيرهما في امر ما ولا بينهما في دعوى اخرى

## ﴿ تنبيه ﴾

لا كلام في ان القاضي لاينفذ حكمه فيما استثناه السلطان من الخصوصات لكون القاضي حينئذ غير ماذون فيها باعتبار انه وكيل عنه لكن استثناء الخصوصات يلزم ان يكون لغرض مرضي والا فيجب على العلماء ان ينصحوه ومن استثناء الخصوصات ما افاد بقوله

[ او كان الحاكم بمحكمة ماذونا باستماع بعض الخصوصات التي اذن بها ان يحكم فيها فقط ليس له استماع ما عداهـا والحكم بها ]

كمحكمة القسام العمومي التي كانت في دائرة المشيخة الاسلامية ومحكمة الاوقاف ضمن نظارة الاوقاف كل حاكم في هـذه او هذه

مأذون بالحكم في قضايا مخصوصة لا يتعداها كذلك المحاكم الشرعية في زماننا تحكم بالقسامة والارث والدية والارش والقصاص والغرة وحكومة عدل والطلاق والنكاح والنفقة والحضانة والوقف وفي غير هذا حكم القاضي غير نافذ

[ كذلك لو صدر امر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لما ان رأيه بالناس ارفق ولمصلحة العصر اوفق فليس للحاكم ان يعمل برأي مجتهد آخر مناف لراي ذلك المجتهد واذا عمل لا ينفذ حكمه ]

هذا وجه آخر من الخصوصات التي يتقيد بها القضاء ، لانه عمل بما ليس مأذونا فيه من الاقوال المجتهد فيها فلا ينفذ حكمه وفي مضبطة جمعية المجلة اول الكتاب صراحة بهذا .

اعلم ان قاطبة اهل الاسلام اليوم على تقليد الأئمة الاربعة ابي حنيفة والشافعي ومالك واحمد بن حنبل رضي الله تعالى عنهم لاندراس مذهب من سواهم واندراس مقلديهم ولتدوين هذه المذاهب بتحريرها ونقلها المتواتر في مشارق الارض ومغاربها ولقد كثرت من بعدهم عوائق الوصول الى رتبة الاجتهاد فمدعي الاجتهاد لهذا العهد مردود على عقبه لا يجوز تقليده لانه يؤدي الى التلاعب لتعذر شروطه فلم يبق الا المصير الى تلك المذاهب الاربعة . ثم ان معظم اهل العراق والهند والصين والترك والكثير من الشاميين على مذهب الامام ابي حنيفة ومعظم اهل المغرب والاندلس على مذهب الامام مالك واكثر المقلدين للامام احمد ابن حنبل في الشام والعراق ومقلدوا الامام الشافعي في مصر اكثر مما سواها والمعاملات اليوم في احكام قضاتنا على مذهب الامام ابي حنيفة فاذا وقعت حادثة بين غير المقلدين لمذهبه وارادوا الحكم على

مذهب من يقلدونه من الائمة العظام يعينون من علماء مذهبهم حكما في تلك القضية فيحكم ويرفع حكمه الى القاضي الماذون بالحكم على مذهب الامام ابي حنيفة

واعلم ان طبقات المجتهدين ثلاث

الاولى المجتهد المطلق وهو المجتهد في الشرع كالائمة الاربعة رضوان الله عليهم

الثانية المجتهد في المذهب كالامام ابي يوسف ومحمد وسائر اصحاب ابي حنيفة القادرين على استخراج الاحكام من الادلة على مقتضي القواعد التي قررها استاذهم ابو حنيفة في الاحكام وان خالفوه في بعض احكام الفروع لكن يقلدونه في قواعد الاصول وبـه يمتازون عن المعارضين في المـذهب كالشافعي وغيره المخالفين له في الاحكام غير مقلدين له في الاصول — وفي الدر المختار قبل الحكة في مخالفة تلامذته له انه رأى صبيا يلعب في الطين فحذره من السقوط فاجابه ان احذر انت السقوط فان في سقوط العالم سقوط العالم فحينئذ قال لاصحابه ان توجـه لكم دليل اي ظهر لكم في مسئلة وجه الدليل على غير ما اقول فقولوا به فكان كل يأخذ برواية منه ولذا قال في الولو الجيه قال ابو يوسف ما قلت قولا خالفت فيه ابا حنيفة الا قـولا كان قاله ثم رجع عنه فهذا اشارة الى انهم ما سلكوا طريق الخلاف بـل قالوا ما قالوا عن اجتهاد ورأي اتباعا لما قـاله استاذهم ابو حنيفه — وفي آخر الحاوي القدسي واذا اخذ بقول واحد منهم يعلم قطعا انه يكون به آخـذا بقول ابي حنيفة فانـه روى عن جميع اصحابه الكبار كابي يوسف ومحمد وزفر والحسن انهم قالوا ما قلنا في مسئلة قولا الا وهو روايتنا عن ابي حنيفة فلم يتحقق اذا جواب ولا مذهب الا له كيفما كان وما نسب الى غيره الا بطريق المجاز للموافقة — فان قلت اذا رجع المجتهد عن قول لم يبق قولا له فاذا كان كذلك فما قـاله اصحابه مخالفين له فيه ليس مذهبه فحينئذ صارت اقوالهم مذاهب لهم مـع اننا التزمنا تقليد مذهبه دون

مذهب غيره ولذا نقول ان مذهنا حنفي لا يوسفي ونحوه يجاب بأن الامام لما امر اصحابه بان يأخذوا من اقواله بما يتجه لهم منها عليه الدليل صار ما قالوه قولا له لابتنائه على قواعده التي اسسها لهم فلم يكن رجوعا عنه من كل وجه فيكون من مذهبه ايضا . ونظير هذا ما نقله العلامة البيري في اول شرحه على الاشباه عن شرح الهداية لابن الشحنه ونصه : اذا صح الحديث وكان على خلاف المذهب عمل بالحديث ويكون ذلك مذهبه ولا يخرج مقلده عن كونه حنفيا بالعمل به فقد صح عنه انه قال اذا صح الحديث فهو مذهبي ولا يخفى ان ذلك لمن كان اهلا للنظر في النصوص ومعرفة محكمها من منسوخها فاذا نظر اهل المذهب في الدليل وعملوا به صح نسبته الى المذهب لكونه صادرا باذن صاحب المذهب اذ لا شك انه لو علم ضعف دليله رجع عنه واتبع الدليل الاقوى ولذا رد المحقق ابن الهمام على بعض المشايخ حيث افتوا بقول الامامين بانه لا يعدل عن قول الامام الا لضعف دليله اه بنوع تلخيص من رد المحتار

الطبقة الثالثة طبقة المجتهدين في المسائل التي لا نص فيها عن صاحب المذهب كالخصاف وابي جعفر الطحاوي وابي الحسن الكرخي وشمس الائمة الحلواني وشمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام البزودي وفخر الدين قاضيخان وامثالهم فانهم لا يقدرون على شيء من المخالفة لا في الاصول ولا في الفروع لكنهم يستنبطون الاحكام في المسائل التي لا نص فيها على حسب الاصول والقواعد وهذه طبقات الاجتهاد

وان اردت تعداد الطبقات للفقهاء الاعم من المجتهدين وغيرهم فسبع الثلاث المارة —

الرابعة طبقة اهل الترجيح من المقلدين كالرازي واضرابه فانهم لا يقدرون على الاجتهاد لكنهم لاحاطتهم بالاصول وضبطهم للمآخذ يقدرون على تفصيل قول مجمل ذي وجهين وحكم مبهم محتمل لامرين منقول عن صاحب المذهب او احد من اصحابه برأيهم ونظرهم في الاصول

والمقايسة على امثاله ونظائره من الفروع وما في الهداية من قوله كذا في تخريج الكرخي وتخريج الرازي من هذا القبيل

الخـامسة طبقة اصحاب الترجيح من المقلدين كأبي الحسن القدوري وصاحب الهداية وامثالها وشأنهم تفضيل بعض الروايات على بعض كقولهم هذا اولى وهذا اصح رواية وهذا ارفق بالناس

السادسة طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين الاقـوى والقوي والضعيف وظـاهر المذهب والرواية النادرة كاصحاب المتون المعتبرة من المتأخرين مثل صاحب الكنز وصاحب المختار وصاحب الوقاية وصاحب المجمع وشأنهم ان لا ينقلوا الاقوال المردودة والروايات الضعيفة

السابعة طبقة المقلدين الذين لا يقدرون على ما ذكر ولا يفرقون بين الغث والسمين ( رد محتار مختصرا )

اذا عرفت هذا فالمراد من المجتهد في الفقرة الاخيرة ما يشمل الطبقات الثلاث فاذا امر السلطان الحكام ان يكون حكمهم برأى اي مجتهد كان من المذاهب الاربع صح امره ووجب العمل به سواء كان مجتهدا بالمذهب او في المذهب او في المسائل وبما ان مسائل المجلة ماخوذة من مذهب الامام الاعظم ولاصحابه المجتهدين في مذهبه اقوال خالفوا فيها امامهم بحسب الظاهر كما هو معلوم من كتب الفقه وقد امر السلطان ان يعمل منها بما هو الارفق والاوفق لمصلحة الزمان فاذا راجعت الكتب الفقهية ونظرت الى المـواد ( ٥٩٦ ) و ( ٥٠٦ ) و ( ١٧٩ ) و ( ٣٠٠ ) و ( ١٩١ ) و ( ٣٩٢ ) و ( ٦٩٢ ) و [ ١٧٠٧ ] و [ ١٤٩٧ ] و [ ١٠٣٤ ] و [ ٤٤٧ ] و [ ٦٩٢ ) تجدها ماشية على قول الصاحبين او احدهما او قول زفر لهذه الغاية - فكل حكم بقضية يخالف مسائل المجلة غير مأذونين به فلا يكون نافذا

## ﴿ مسئلة ﴾

اذا وقعت حادثه خارجة عن المسائل التي امر السلطان بالجري عليها فعلى اي قول من اقوال المجتهدين في المذهب الحنفي يحكم القاضي او يفتي المفتي فاعلم اولا ان مسائل اصحابنا الحنفية على ثلاث طبقات

الطبقة الاولى مسائل الاصول وتسمى ظاهر الرواية ايضا وهي مسائل رويت عن اصحاب الحديث وهم ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد رضوان الله عليهم ويقال لهم العلماء الثلاثة وقد يلحق بهم زفر والحسن وغيرهما ممن اخذ الفقه عن ابي حنيفة لكن الغالب الشائع في ظاهر الرواية ان يكون قول الثلاثة او قول بعضهم . ثم هذه المسائل التي تسمى بظاهر الرواية والاصول هي ما وجد في كتب محمد المبسوط والزيادات والجامع الصغير والسير الصغير والجامع الكبير والسير الكبير وانما سميت بظاهر الرواية لانها رويت عن محمد برواية الثقاة فهي ثابتة عنه اما متواترة او مشهورة عنه

الثانية مسائل النوادر وهي مروية عن اصحاب المذهب المذكورين لكن لا في الكتب المذكورة بل اما في كتب اخر لمحمد غيرها كالكيسانيات والهارونيات والجرجانيات والرقيات وانما قيل لها غير ظاهر الرواية لانها لم ترو عن محمد بروايات ظاهرة ثابتة صحيحة كالكتب الاولى واما في كتب غير محمد ككتاب المجرد للحسن بن زياد وكتاب الامالي لابي يوسف والامالي جمع املاء وهو ان يقعد العالم وحوله تلامذته بالمحابر والقراطيس فيتكلم العالم بما فتح الله عليه من ظهر قلبه وتكتبه التلامذة

الطبقة الثالثة الفتاوي والواقعات وهي مسائل استنبطها المجتهدون في المسائل المتاخرون لما سئلوا عن ذلك ولم يجدوا فيها رواية عن اهل المذهب المتقدمين وهم اصحاب ابي يوسف ومحمد واصحاب اصحابها مثل عصام بن

يوسف وابن رستم ومحمد بن سماعه وابي حفص البخاري ومن بعدهم وقد يتفق لهم ان يخالفوا اصحاب المذهب لدلائل واسباب ظهرت لهم كما سيأتي بيانه — واول كتاب جمع في فتواهم كتاب النوازل للفقيه ابي الليث السمرقندى ثم جمع المشايخ بعده كتبا اخر وهي مجموع النوازل والواقعات للناطفي والواقعات للصدر الشهيد ثم ذكر المتأخرون هذه المسائل مختلطة غير متميزة مثل فتاوي قاضيخان والخلاصة وغيرها وميز بعضهم كما في كتاب المحيط لرضي الدين السرخسي فانه ذكر اولا مسائل الاصول ثم النوادر ثم الفتاوي والواقعات هذه طبقات الكتب في ترجيح بعضها على بعض عند القضاء والفتوى فما كان من المسائل في الكتب التي رويت عن محمد بن الحسن رواية ظاهرة يفتي به وان لم يصرحوا بتصحيحه نعم لو صححوا رواية اخرى من غير كتب ظاهر الرواية يتبع ماصححوه — ثم ان الاقوال الواردة فيها فما اتفق عليه أئمتنا الثلاث لا يجوز ولو للمجتهد في مذهبهم ان يعدل برأيه فما بالك في غيره وان اختلفوا يقدم ما اختاره الامام ابو حنيفة سواء وافقه احد اصحابه ام لا فان لم يوجد له اختيار قدم ما اختاره ابو يوسف وحيث لم يوجد لابي يوسف اختيار قدم قول محمد بن الحسن ثم قول زفر والحسن بن زياد فقولها في رتبة واحدة وقيل اذا كان ابو حنيفة في جانب وصاحباه في جانب فالمفتي بالخيار اذا كان مقلدا ليس من اهل النظر في قوة الدليل — ويستثنى من هذا الترتيب مسائل اجمع المتاخرون فيها من اهل التخريج والترجيح على خلاف ما قاله امامهم لتغير الزمان او للضرورة ونحو ذلك فاختاروا الفتوى فيها على قولها او قول احدهما وان كان الآخر مع الامام بل اختاروا قول زفر في مقابلة قول الكل لنحو ذلك فترجيحاتهم وتصحيحاتهم باقية فعلينا اتباع الراجح والعمل به فهي وان كانت خارجة عن قول صاحب المذهب لكن لو كان في هذا الزمان لقال بها ولو حدث هذا التغير في زمانه لم ينص على خلافها — وهذا الذي جرأ المجتهدين في المذهب واهل النظر الصحيح من المتأخرين على مخالفة المنصوص عليه من صاحب المذهب في كتب

ظاهر الرواية بناء على ما كان في زمنه – منها ترجيح قولها في المزارعة والمعاملة وافتاء.وهم بقول ابي يوسف فيما يتعلق بالقضاء والشهادات لحصول زيادة العلم بتجربته ، وافتاء.وهم بقول زفر في القضاء على الغائب بالنفقة ان اقامت بينة على النكاح ، او اقام القريب ولادا ، بينة على النسب وهي احدى المسائل التي يفتي فيها بقول زفر مبسوطة في نفقة الدر المختار فارجع اليها كذلك افتوا بالصلح على نصف القيمة اذا هلك المتاع عند الاجير المشترك بما يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة مع ان الامام قال لا يضمن وقالا يضمن وفي التبيين وبقولها يفتى لتغير احوال الناس « در مختار ورد محتار » وفي شرح منظومة رسم المفتي ما ملخصه : قولهم اذا كان في المسئلة قولان مصححان فالمفتي بالخيار ليس على اطلاقه بل ذاك اذا لم يكن لاحدهما مرجح قبل التصحيح او بعده

الاول من المرجحات ما اذا كان تصحيح احدهما بلفظ الصحيح والاخر بلفظ الاصح

الثاني ما اذا كان احدهما بلفظ الفتوى والآخر بغيره

الثالث ما اذا كان احد القولين المصححين في المتون والآخر في غيرها لانه عند عدم التصحيح لاحد القولين يقدم ما في المتون لانها الموضوعة لنقل المذهب

الرابع ما اذا كان احدهما قول الامام الاعظم والآخر قول بعض اصحابه لانه عند عدم الترجيح لاحدهما يقدم قول الامام الاعظم

الخامس ما اذا كان احدهما ظاهر الرواية فيقدم على الآخر

السادس ما اذا كان احد القولين المصححين قال به جل المشايخ العظام ففي شرح البيري على الاشباه ان المقرر عن المشايخ انه متى اختلف في المسئلة فالعبرة بما قاله الاكثر

السابع ما اذا كان احدهما الاستحسان والآخر القياس لان الارجح الاستحسان الا في مسائل ولنورد لك مثالين من تلك المسائل في التنوير وشرحه

الاول لو خرج الى الحج ومات في الطريق واوصى بالحج عنه فان فسر المال اوالمكان ، فالامر على مـا فسره والا فيحج عنه من بلده قياسا لا استحسانا والاول قول الامام رجحوه على الاستحسان

الثاني ما في الشركة من الدر وغيره لا يصح شركة في احتطاب مثلا وما حصله احدهما ، فله وما حصلاه معا ، فلهما نصفين ومـا حصله احـدهما باعانة صاحبه فله ولصاحبه اجر مثله بالغا مـا بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ذلك نقل ط عن الحموي عن المفتاح ان قـول محمد هو المختار للفتوى الا ترى انه لو اعانه فلم يصب شيئا كان له اجر مثله - فهاتان المسئلتان ترجح فيهما القياس على الاستحسان

الثامن ما اذا كان احدهما انفع للوقف لما في الحاوي القدسي وغيره يفتي بما هو انفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه -

التاسع ما اذا كان احدهما اوفق لاهل الزمان

العاشر ما اذا كان احدهما دليله اوضح واظهر لكن هذا عند من له اهلية النظر في الدليل وللمتاخرين في ترجيح احد القولين الفاظ نحـو وعليه الفتوى وبه يفتي وبه نأخذ وعليه الاعتماد وعليه عمل اليوم وعليه عمل الامة وهو الصحيح او الاصح او الاظهر او الاشبه اي بالمنصوص رواية والراجح دراية فيكون عليه الفتوى او الاوجه او المختار وبه جرى العرف وهو المتعارف وبه اخذ علماؤنا - قال في رسم المفتي قلت وحاصل هذا كله انه اذا صحح كل من الروايتين بلفظ واحد كأن ذكر في كل واحدة منهما هو الصحيح او الاصح او بـه يفتي تخير المفتي - واذا اختلف اللفظ فـان كان احدهما بلفظ الفتوى فهو اولى لانـه لا يفتي الا بما هو صحيح وليس كل صحيح يفتى به لان الصحيح في نفسه قـد لا يفتى به لكون غيره اوفق لتغير الزمان وللضرورة ونحو ذلك فما فيه لفظ الفتوى يتضمن شيئين احدهما الاذن بالفتوى به والآخر صحته لان الافتاء به تصحيح له بخلاف ما فيه لفظ الصحيح او الاصح مثلا - وان كان لفظ الفتوى في كل منهما فان احدهما يفيد الحصر مثل به يفتي او

عليه الفتوى فهو الاولى - ومثله بل اولى لفظ عليه الامة لانــه يفيد الاجماع - وان لم يكن لفظ الفتوى في واحد منهما فـان كان احدهما بلفظ الاصح والآخر بلفظ الصحيح وكانا في كتاب واحد من امام واحد فلفظ الاصح اولى وان كانا في كتابين فعلى الخلاف لما في شرح المنية في بحث مس المصحف والذي اخذناه من المشايخ انــه اذا تعارض امامان معتبران في التصحيح فقال احدهما الصحيح كذا وقال الاخر الاصح كذا فالاخذ بقول من قال الصحيح اولى من الاخذ بقول من قال الاصح لان الصحيح مقابله الفاسد والاصح مقابله الصحيح فقد وافق من قال الاصح قائل الصحيح على انه صحيح واما من قال الصحيح فعنده ذلك الحكم الاخر فاسد فالاخذ بما اتفقا على انه صحيح اولى من الاخذ بما هو عند احدهما فاسد - وذكر العلامة ابن عبد الرزاق في شرحه عـلى الدر المختار ان المشهور عند الجمهور ان الاصح أكد من الصحيح - وان كان كل منهما بلفظ الاصح او الصحيح فلا شبهة في انه يتخير بينهما اذا كان الامامان المصححان في رتبة واحدة - اما لو كان احدهما اعلم فانه يختار تصحيحه كما لو كان احدهما في الخانية والآخر في البزازية مثلا فـان تصحيح قاضيخان اولى - واذا تعارض ما في المتون والفتاوي فـالمعتمد على ما في المتون وكذا يقدم ما في الشروح على مـا في الفتاوى لكن هذا عند التصريح بتصحيح القولين او عدم التصريح اصلا فان اصحاب المتون التزموا وضع القول الصحيح وهو تصحيح التزامي فيكون مـا في غيرها مقابل الصحيح ما لم يصرح بتصحيحه فيقدم على التصحيح الالتزامي والمراد بالمتون المتون المعتبرة كالبداية ومختصر القدوري والمختار والنقاية والوقاية والكنز والملتقى ( خيرية )

المادة ١٨٠٢ - ليس لاحـد الحاكمين مثلا المنصوبين لاستماع دعوى ان يستمع تلك الدعوى وحده ويحكم بها

واذا عمل لا ينفذ حكمه راجع مادة ( ١٤٦٥ )

لانها في هذا العمل وكيلان من قبل السلطان كما تقدم في المادة ( ١٨٠٠ ) واحد الوكيلين لا ينفذ تصرفه فيما وكلا به معا اذا السلطان رضي باجتماع رأيهما لاصابة الحق لا رأي واحد منهما — لكن بمقتضى انهما وكيلان لو سمع احدهما الدعوى بحضور الآخر وهو سامع وحكم فاجازه الحاضر السامع ينبغي ان ينفذ لان القصد السماع واجتماع الرأي وقد حصل — هذا اذا نصبهما السلطان معا ولو على التعاقب يقتضي جواز انفراد احدهما كالوكيلين متعاقبا . ثم التقييد بان يكون حكمهما معا اما بالصراحة كان يقول لهما نصبتكما قاضيين في بلدة كذا على ان تسمعا الدعوى وتحكما معا او بالدلالة نحو وجهت عليكما قضاء البلدة الفلانية فانه يدل بمقتضى الوكالة على عدم صحة الانفراد الا اذا وجد التصريح بالانفراد فان الصريح اقوى من الدلالة — ولم يعهد في محاكمنا الشرعية سوى حاكم منفرد يستقل بالحكم فلو فرض تعيين قاضيين لمحكمة واحدة فالحكم ماذكر

المادة ١٨٠٣ — اذا طلب احد الخصمين المرافعة في حضور حاكم وطلب الآخر المرافعة في حضور الآخر في البلدة التي تعددت حكامها ووقع الاختلاف بينهما بهذا الوجه يرجح الحاكم الذي اختاره المدعى عليه

يعني المدعى عليه وان كان يجبر على الخصومة الا ان الخيار له في تعيين مرجعها لا للمدعي . والمسئلة خلافية ففي الخانية ( ولو كان في البلدة قاضيان كل واحد منهما في محلة على حدة فوقعت الخصومة بين

رجلين احدهما من محلة والاخر من محلة اخرى والمدعي يريد ان يخاصمه
الى قاضي محلته والآخر يأبى ذلك اختلف فيها ابو يوسف ومحمد والصحيح
ان العبرة لمكان المدعى عليه وهو قول محمد وكذا لو كان احدهما من
العسكر والآخر من اهل البلدة فاراد العسكري ان يخاصمه الى قاضي
العسكر فهو على هذا اه ) وفي تعليقات العلامة ابن عابدين على البحر
قال العلامة الرملي يعني عند ابي يوسف رحمه الله تعالى المدعي من اذا
ترك ترك فهو منشيء للخصومة ان شاء انشأها عند قاضي محلته وان شاء
عند قاضي محلة خصمه فيرجح المحل الذي يختاره — وعند محمد رحمه الله
تعالى المدعى عليه دافع له والدافع يطلب سلامة نفسه والاصل برآءة
ذمته فاخذه الى من يأباه لريبة تثبت عنده وتهمة وقعت له وربما يوقعه
في اثبات ما لم يكن ثابتا في ذمته بالنظر اليه واعتباره اولى لانه
يريد الدفع عن نفسه وخصمه يريد ان يوجد عليه الاخذ بالمطالبة ومن
طلب السلامة اولى بالنظر ممن طلب ضدها تأمل اه كلام الرملي — قيد
في الخانية القاضيين بكون كل منهما في محلة على حدة للاحتراز عما لو
كان في البلدة قاضيان فوض لكل منهما الحكم على العموم في كل
من هو في بلدهم او قريتهم التى تولوا القضاء بها ففي هذه الصورة
اتفق كل من ابي يوسف ومحمد على ان الخيار للمدعي لان المدعي هو
الذي له الخصومة فيطلبها عند اي قاض اراد — وقد رد العلامه المقدسي
على صاحب البحر حيث حمل عبارة البزازية على الاطلاق وافتى بذلك مع
انه في الفصول العمادية ذكر المسئلة مقيدة واعقبها بما هو دليل واضح على
التقييد وهو قوله وكذا لو كان احدهما من اهل العسكر والاخر من
اهل البلد فاراد العسكري ان يخاصمه الى قاضي العسكر ، فهو على هذا
ولا ولاية لقاضي العسكر على غير الجندي لكن في زماننا ليس للعسكر
قاض مخصوص فهم وغيرهم سواء في الرجوع الى القاضي العمومي —
وبناء على ما ذكر من القيد فاذا كان يوجد الان في مثل القاهرة تعدد
القضاء على المذاهب الاربعة ، ولم يكن كل واحد مولى بالحكم على

محلات على حدة بل ولاية كل واحد منهم عامة لكل من راجعهم من اهل مصر ومن فيها من حلبي وشامي وغيرها فالخيار حينئذ للمدعي اتفاقا لعدم الفائدة — وقد تنبه الفاضل حيدر افندي في اول كلامه وآخره لهذا القيد فاعتبره وباثناء ذلك ذكر ما ينافيه وهو اعتماده على صاحب البحر المعترض عليه بما قدمناه

نرجع الى ما عللوا به قول ابي يوسف بان المدعي منشيء للخصومة الخ وقول محمد بان المدعى عليه دافع لها الخ اقول كلا التعليلين يحتاج الى تامل وذلك لان المدعي ان كان منشأ لها بحق فترجيح جانبه في الاختيار اعدل وان كان بغير حق فترجيح جانب المدعى عليه وان كان اعدل خصوصا وان الاصل في الذمة البرآءة لكن يعارض هذا بان الاصل في الانسان الصدق وعدم الخيانة في الدعوى الكاذبة فانشاء الخصومة من حيث الاطلاق لا يصلح علة للترجيح وايضا . هذا التعليل يعم الصورتين اعني المتفق عليها بان الخيار للمدعي وهي ما اذا كان كل من القاضيين في البلدة مفوضا له الحكم في عموم اهلها والمختلف فيها وهي ما اذا كان كل واحد يحكم في اهل محلة مثلا على حدة فكان يقتضي ان لا يكون الامام ابو يوسف مخالفا للامام محمد في الصورة الثانية — وعلى هذا تعليل قول الامام محمد بانه دافع للخصومة الخ يقال فيه ان كان بغير حق فما وجه ترجيح جانبه وان بحق يقتضي ان يكون مخالفا لابي يوسف في الصورتين ولم ار من نبه على هذا ولعل الخير الرملي لهذا اشار بالتأمل

ثم ان ظاهر عبارة المجلة ان الخيار للمدعى عليه على الاطلاق فتشمل الصورتين الآنفتين فباعتبار الصورة الثانية تكون ماشية على قول الامام محمد وباعتبار الصورة الاولى اعني المفوض لهما الحكم على العموم، يكون جعل الخيار للمدعى عليه لا ينطبق على قول الامام ابي يوسف حتى ولا على قول الامام محمد لانه يشترط في خيار المدعى عليه ان يكون كل منهما قاضيا في محلة على حدة لكن صح ذلك باعتبار ان القاضي وكيل عن السلطان . والقضاء كما تقدم يتقيد بالزمان والمكان والاشخاص

والخصومات وفي تخصيص الخيار بالمدعى عليه يكون القاضي الاخر ممنوعا من سماع الدعوى في كل حال لعدم اختيار المدعى عليه اياه وعن هذا قال في الدر المختار من اوائل كتاب الدعوى ( ولو الولاية لقاضيين فاكثر على السواء فالعبرة للمدعي نعم لو امر السلطان باجابة المدعى عليه لزم اعتبار امره والعمل بـــه لعزل من اختاره المـــدعي عن الحكم بالنسبة الى هذه الدعوى )

اذا علمت هذا فابقاء مادة المجلة على اطلاقها اولى من حمل الشارح الفاضل اياها على المقيد لان المطلق كما تقرر في الاصول يجري على اطلاقه اذا تجرد عن العوارض والقرائن

المادة ١٨٠٤ — اذا عزل حاكم ولاجل عدم وصول خبر العزل اليه مدة قد كان استمع وفصل بعض الدعاوي في تلك المدة يكون حكمه صحيحا ولكن لا يصح حكمه الواقع بعد وصول خبر العزل اليه

وظيفة القضاء وكالة عن السلطان فعلى هذا

[ اذا عزل حـــاكم ولعدم وصول خبر العزل اليه مدة كان قد استمع وفصل بعض الدعاوي في تلك المدة يكون حكمه صحيحا ]

لضرورة الناس الى ذلك ، ولان الانسلاخ عمـــا امر به قبل بلوغ المنع ليس في وسعه فيشترط لصحة عزله علمه بـــه فـــلا ينعزل قبله ويستحق المعلوم الى يوم بلوغ العزل . وهذا من قواعد الشرع الا ترى

ان خطاب الشارع لا يثبت في حق الامة الا بعد تبليغه كذا في التحرير انظر المادة ( ١٥٢٣ ) وبناء على لزوم العلم نقل في الهندية عن المحيط الوكيل اذا رد الوكالة ترتد اذا علم الموكل بالرد واما اذا لم يعلم فلا ترتد حتى ان من وكل غائبا فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل ثم قبل الوكالة صح قبوله وصار وكيلا

[ لكن لا يصح حكمه الواقع بعد وصول خبر العزل اليه ]

لانه حال وصول خبر العزل اليه صار معزولا كأحد الرعية لا ينفذ حكمه — هذا ما مشت عليه المجلة وقال بعضهم يبقى قاضيا بعد وصول خبر العزل اليه الى ان يأتي خلفه وكما ان التعيين يصح منجزا ومعلقا فالعزل كذلك اذا كان تعليقها بشرط ملائم كما تقدم في شرح المادة ( ٨٢ )

افادت هذه المادة ان السلطان له ان يعزل القاضي ولو بدون ارتكاب ما يوجب عزله من فسق او خيانة وفي الدر المختار عن البزازية لو شرط عليه ان لا يرتشي ولا يشرب الخمر ولا يمتثل قول احد ولا يسمع خصومة زيد صح التقليد والشرط فان فعل شيئا من ذلك انعزل ولا يبطل قضاؤه فيما مضى ولا ينفذ قضاء القاضي في خصومة زيد قال في رد المحتار ويجب على السلطان ان يفصل قضيته ان اعتراه قضية — ولما كان القاضي لا ينعزل الا بالعزل فاو عين السلطان احدا الى بلدة فيها قاض بدون عزل الاول لا ينعزل الاول ويكون كل منها قاضيا مستقلا في تلك البلدة كذا في تبصرة الحكام وفي قضاء جامع الفصولين لو قلد رجلا قضاء بلدة ثم بعد ايام قلد آخر ولم يتعرض لعزل الاول هل ينعزل بنصب الثاني ام لا فلكل منها وجه والاظهر انه لا ينعزل

اقول لايخفى ان هذا غير العرف والعادة في زماننا فيقتضي عزل الاول بقرينة العرف والعادة

المادة ١٨٠٥ - للحاكم ان ينصب ويعزل النائب ان كان مأذونا بذلك والا فلا ولا ينعزل نائبه بعزله او وفاته راجع مادة ( ١٤٦٦ ) بناء عليه اذا توفى حاكم قضاء فلنائبه ان يستمع الدعاوي التي تقع في ذلك القضاء ويحكم بها الى ان يأتي حاكم غيره

( للحاكم ان ينصب ) وبعد النصب له ان يعزل

## النائب ان كان ماذونا بذلك

اي بالنصب والعزل وان مأذونا بالنصب فقط فله النصب لا العزل كما سيأتي [ والا ] اي وان لم يكن مأذونا اصلا ( فلا ) يملك نصبا ولا عزلاً لا بعزو ولا بغيره في صحته ولا في مرضه ( فتح ) ثم الاذن يكون صريحا كول من شئت واعزل من شئت او دلالة نحو جعلتك قاضي القضاة لان قاضي القضاة هو الذي يتولى امرهم نصبا وعزلا لكن لو استخلف غيره ولم يكن مأذونا بالاستخلاف وقضى الثاني بمحضر من الاول فاجازه الاول جاز ، ان كان الثاني من اهل القضاء بان لم يكن عبدا ولا صبيا مثلا كما في الوكالة فان الوكيل اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الاول او اجازه الاول جاز لانه حضر رأي الاول فان السلطان رضي بقضاء حضره رأي القاضي وقت نفوذه لاعتماده على علمه وعمله والحكم الذي حضره القاضي المستخلف بكسر اللام او

اجازه قضاء حضره رأي القاضي فيكون راضيا به - فان قيل الاذن في الابتداء كالاجازة في الانتهاء فلم اختلفا في الجواز وعدمه اجيب بالمنع اي منع المساواة بين الابتداء والانتهاء لان البقاء اسهل من الابتداء ( عناية ) قال في الفتح بخلاف المستعير فان له ان يعير بشرطه اي عدم الاختلاف باختلاف المستعمل لانه يملك المنافع لنفسه فكان له تمليكها بخلاف ولاية القضاء فانما هي اذن في ان يعمل لغيره وهذا ما قالوا من قام مقام غيره لغيره لا يكون له اقامة غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه ، كان له ، وبخلاف الوصي يملك الايصاء والتوكيل بطريق الدلالة ايضا لان ثبوتها بعد الموت وربما يعجز الوصي عن المباشرة بنفسه والموصي قد مات فلا يمكن رجعه الى رأيه [ ولا ينعزل بعزله او وفاته ] راجع المادة ١٤٦٦

## ولا ينعزل بعزله او وفاته

بناء عليه

[ اذا توفى حاكم قضاء او عزل فلنائبه ان يستمع الدعاوي التي تقع في ذلك القضاء ويحكم بها الى ان يأتي حاكم غيره

بل ويبقى نافذ الحكم بعد اتيانه الى ان ينعزل لانه نائب عن السلطان لا عن الذى استخلفه - الا اذا صرح السلطان بان خليفة الحاكم ينعزل بعزل الحاكم او موته فحينئذ ينعزل وفي الاشباه عن المحيط اذا عزل السلطان القاضي انعزل نائبه بخلاف ما اذا مات القاضي حيث لا ينعزل نائبه لكن في الحموي اكثر المشايخ على عدم

الفرق بين الموت والعزل وعليه مشت المجلة قال الزيلعي في شرح الكنز من الوكالة لا يملك القاضي الاستخلاف الا بإذن الخليفة ثم لا ينعزل بعزل القاضي الاول ولا ينعزلان بموت الخليفة وهو المعتمد في المذهب . ولو كان مأذونا بالنصب فقط دون العزل ليس له ان يعزله بل ذلك للسلطان لانه صار في الحقيقة وكيلا عن الموكل لا عن الوكيل الاول

المادة ١٨٠٦ — للنائب ان يحكم بالبينة التي استمعها الحاكم وللحاكم ايضا ان يحكم بالبينة التي استمعها نائبه وهو انه اذا استمع الحاكم بينته في حق دعوى واخبر بها النائب فله ان يحكم باخبار الحاكم من دون ان يعيد البينة . والنائب المأذون بالحكم اذا استمع بينة في خصوص وانهى الى الحاكم ، فله ان يحكم من دون ان يعيد البينة واما اذا كان ليس بمأذون بالحكم بل كان مأموراً باستماع البينة للتدقيق والاستكشاف فقط فليس للحاكم ان يحكم بانهائه ويلزم ان يستمع البينة بالذات

« للنائب » ويقال له الخليفة وهو الذي ولاه المأذون له بالاستخلاف

[ ان يحكم بالبينة التي استمعها الحاكم وللحاكم ايضا ان يحكم بالبينة التي استمعها نائبه ]

المأذون له بالحكم

[ وهو انه اذا استمع بينة في حق دعوى واخبر بهـا النائب فله ان يحكم باخبار الحاكم من دون ان يعيد البينة والنائب المأذون بالحكم اذا استمع بينة في خصوص وانهى الى الحاكم فله ان يحكم من دون ان يعيد البينة ]

وهي نظير كتاب القاضي في عمل كل بما يثبت عند الآخر وقد نقل الفاضل علي حيدر افندى عن واقعات المفتين انه على قول بعض الفقهاء يلزم اعادة البينة ولم اعثر على هذا الخلاف وليس عندي هـذا الكتاب والعهدة على الناقل وفي البحر عن ادب القاضي للصدر الشهيد النائب يقضي بما شهدوا عند الاصل وكذا الاصل يقضي بما شهدوا عند النائب — ولو ان الحاكم حكم لنائبه في حادثة وقعت له او بالعكس هـل يصح حكم كل منهما للآخر في البحر عن الملتقط القاضي اذا استخلف خليفة فقضى للقاضي لا يجـوز والطريق فيه ان يحكما او ينصب الامام قاضيا آخر لهذه الحادثة اه ثم نقل عن السراجية القاضي اذا وقعت له حادثة او لولده فاناب غيره وكان من اهل الانابة وتخاصما عنده وقضى لـه او لولده ، جاز ومثله في الانقرويه قال العلامـة الرملي فثبت ان في المسئلة قولين — وجه ما في السراجية ان الخليفة ليس نائبا عنه بل عن السلطان او العامة فانقطعت النسبة لكن في تعليقات ابن عابـدين عن الاشباه والنظائر انهم نواب القاضي في زماننا من كل وجه وعليه ينبغي ترجيح ما في الملتقط لمـا في قضائه له من التهمة اذ فعل النائب كفعله فصار كأنه قضى لنفسه ولم ار من رجح احد القولين — وفيه واما القاضي اذا قضى للامام الذي قلده القضاء او لولد الامام ، جاز قال العلامة الرملي وجهه ان القاضي نائب عن العامة كما في المحيط واذ كان كذلك فلم يكن فعله منسوبا اليه ومن قـال بان القاضي نائب عن السلطان فلعل وجهه

انحصار الطريق فيه اي لا مندوحــة عنه اذ الحكم الذي يعنيه الامام لاجل الحكم بمنزلة القاضي المولى فلا طريق الى التحكيم لجــاز ذلك فتحا لباب القضاء له وسيأتي ان الحكم من الامام بمنزلة القاضي ولم ار من حرر ذلك تأمل ( واما اذا كان ) اي النائب ( ليس بمأذون بالحكم ) من قبل الحاكم

[ بل كان مأمورا باستماع البينة للتدقيق والاستكشاف فقط فليس للحاكم ان يحكم بانهائه ويلزم عليه ان يستمع البينة بالذات ]

في الهندية عن الخانية لو ان الامام قلد رجــلا للقضاء واذن لــه بالاستخلاف فامر القاضي رجلا ليسمع الدعوى والشهادة في حادثة ويسئل عن الشهود ويسمع الاقرار ولا يحكم بذلك لكن يكتب الى القاضي وينهي اليه حتى يقضي القاضي بنفسه ، لم يكن لهذا الخليفة ان يحكم ، لانه مأذون بالاستماع فقط لا بالحكم فليس هو بقاض ينفذ حكمه وانما يفعل ما امره القاضي واذا رفع الامر الى القاضي فان القاضي لا يقضي بتلك الشهادة ولا بذلك الاقرار بل يجمع المدعي والمــدعى عليه ويأمر باعــادة البينة فاذا شهدوا بذلك بحضرة الخصمين فحينئذ يقضي القاضي بتلك الشهادة . قال وهذه مسئلة يغلط فيها القضاة فان القاضي يستخلف رجلا ليسمع الشهادة في حادثة ثم يكتب اليه بكتاب فيفعل الخليفة ذلك ثم يكتب الى القاضي انهم شهدوا عندي بكذا فيقضي القاضي بذلك من غير اعادة البينة عنده فلا يصح هــذا القضاء لان القاضي لم يسمع ذلك الاقرار فكيف يقضي بتلك الشهــادة وبذلك الاقرار باخبار الخليفة الا ان يشهد مع الخليفة آخر عند القاضي على اقراره ويكون فائدة هذا الاستخلاف ان ينظر الخليفة هل للمدعي شهود او

يكذب فلعل له شهودا الا انهم غير عدول وقد لا تتفق الفاظهم فيفوض القاضي بذلك النظر الى الخليفة .

واعلم ان ما ذكرته المجلة انما يجري بين القاضي وخليفته لا بين قاضيين احـدهما معزول والآخر منصوب فلو ان قاضيا سمع الدعـوى والشهادة فيها ثم عزل قبل الحكم لا يجوز لمن جاء بعده ان يبني الحكم على هذه الشهادة بدون ان يسمعها بل لا بد ان يجمع بين المدعي والمدعى عليه ويأمر باعادة البينة فاذا شهدوا بذلك بحضرة الخصمين فحينئذ يقضي بتلك الشهادة

المادة ١٨٠٧ — للحاكم في قضاء ان يستمع دعوى الاراضي التي هي في قضاء آخر ولكن يلزم بيان حدودها الشرعية على الوجه الذي ذكر في كتاب الدعوى .

( للحاكم في قضاء ) كحمص وقد وجد المدعي فيهـا سواء كان دمشقياً او حلبياً وجد مسافراً في حمص

[ ان لا يستمع دعوى الاراضي التي هي في قضاء آخـر . ]

غير قضاء حمص الذى يحكم فيه اذ المولى على قضاء له ان يحكم على كل من كان فيه وطنياً كان ام غريباً والمراد بالاراضي ، دعوى ما ليس بمنقول ارضاً كان او عقاراً وهكذا هو الصحيح من قولين مشت عليه المجلة — وعبارة الهندية فيما يجوز فيه قضاء القاضي ومـا لا يجوز ( اذا قضى القاضي بعين في يدي رجل والمقضى به ليس في ولايته صح القضاء — ولكن لا يصح التسليم .

صورة المسئلة بخاري ادعى داراً على سمرقندي عند قاضي بخاري ، ان الدار التي في يديه بسمرقند في محلة كذا الى آخره ملكي وحقي وفي يديه بغير حق واقام بينة على دعواه فالقاضي يقضي بالدار للمدعي ويصح قضاوءه لان المقضى له والمقضى عليه حاضران الا ان التسليم لا يصح لان الدار ليست في ولايته فيكتب الى قاضي سمرقند لاجل التسليم اهـ ) .

اقول لا يخلو هذا التعليل من نظر لان الملكية اذا ثبتت وتقررت بصحة الحكم فالتسليم وان تعذر عليه لم لا يصح على فرض وقوعه برضى المحكوم عليه نعم انما يكتب لان الحاكم من حيث هو حاكم ليس له الا انشاء الحكم . واما قوة التنفيذ فامر زائد على كونه حاكما وفوق استطاعته خصوصاً والمحكوم به في ولاية اخرى فلا جرم انه يكتب لتعذر التسليم عليه لا لاجل صحته تامل [ ولكن ] في سماع الدعوى خارج ولايته [ يلزم ] من باب اولى

## [ بيان حدودها الشرعية على الوجه الذي ذكر في كتاب الدعوى والشهادة ] .

راجع شرح المادة ١٦٢٣ — واذا صح للحاكم ان يسمع دعوى عقار لا تحت ولايته فمن باب اولى دعوى الدين والمنقول كما لو ظفر حلبي بدمشقي وجد مسافراً في حلب وادعى عليه عند قاضي حلب ان الدابة التي في يده ملكه ، او ان له في ذمته كذا قرضاً تصح الدعوى والحكم وفي الهندية من الباب الثلاثين في نصب الوصي ( واذا ترك رجل مالا في البلدة التي مات فيها وورثته في بلدة اخرى فادعى عليه قوم حقوقاً واموالا هل ينصب القاضي عن الميت وصيا ليثبت الغرماء الديون والحقوق على الميت .

ذكر الخصاف رحمه الله تعالى في ادب القاضي في باب اثبات

الحقوق على الميت ان هذه البلدة ان كانت منقطعة عن تلك البلدة ولا تذهب العير من هنا الى ثمة يعني في الغالب فالقاضي ينصب عنـه وصيا كذا في الذخيرة وان لم تكن منقطعة لا ينصب كذا في البزازية .

وذكر الخصاف رحمه الله تعالى في نفقاته في باب نفقة المرأة اذا مات الرجل ولم يوص الى احد وله اولاد صغار وكبار فالقاضي ينصب وصيا في ماله وقال شمس الائمة الحلواني وللقاضي ان ينصب الوصي في مال الميت في ثلاثة مواضع احدهـا ان يكون على الميت دين ، او تكون الورثة صغاراً او يكون الميت اوصى بوصايا فينصب وصيا لينفذ وصاياه وانما ينصب الوصي في هذه المواضع وفيما عداها فلا - وما ذكر الخصاف رحمه الله تعالى في ادب القاضي لا يخالف ما ذكره شمس الائمة الحلواني لان المراد فيما ذكره شمس الائمة نصب الوصي لقضاء الدين والمراد مما ذكر الخصاف نصب الوصي لاثبات الدين - واذا نصب القاضي وصيا في تركة الايتام ، والايتام في ولايته ولم تكن التركة في ولايته او كانت التركة في ولايته والايتام لم يكونوا في ولايته او كان بعض التركة في ولايته والبعض لم يكن في ولايته

حكى شمس الائمة انه قال يصح النصب على كل حال ويصير الوصي وصيا في جميع التركة اينما كانت التركة وقال القاضي ركن الاسلام علي السغدي ما كان من التركة في ولايته يصير وصيا فيه وما لا فلا كذا في المحيط .

القاضي اذا نصب متوليا في وقف ولم يكن الوقف والموقوف عليه في ولايته حكى عن شمس الائمة الحلواني رحمه الله تعالى انه اذا وقعت المطالبة في مجلسه صح النصب وقال القاضي ركن الاسلام علي السغدي لا يصح - فان كان الموقوف عليهم في ولايته فان كانوا طلبة العلم او اهل قرية او اناسا معدودين او كان خانا او رباطـا او مسجداً ولم تكن الضيعة الموقوفة في ولايته فنصب متوليا .

قال شمس الائمة رحمه الله تعالى يصح ويعتبر التظالم والمرافعة وقال

ركن الاسلام ان لم يكن المقضى عليه حاضراً لا يصح النصب وان كان حاضراً يصح النصب كذا في الذخيرة

ومثله في الفصل الاول من الفصولين حيث قال لو نصب وصياً في تركة ايتام وهم في ولايته لا التركة او بالعكس او بعض التركة في ولايته لا بعضها قيل صح النصب على كل حال ويعتبر التظالم والاستعداء اي بان كان لاشخاص ديون تتعلق بالتركة مثلا فيراجعون الحاكم لاثبات حقوقهم ، او يستعدون على رجل الى الحاكم ويدعون ان هذا مديون للميت بكذا يطلبون نصب وصي فهذا معنى التظالم والاستعداء وهو المراجعة والطلب في ضمن دعوى يطلب فيها حقاً له فيصير وصياً في جميع التركة اينما كانت وعلى اليتيم اينما كان . ولو نصب متوليا في وقف ولم يكن الوقف والموقوف عليه ، قيل صح لو وقعت المطالبة في مجلسه ، وقيل لا يصح — ولو كان الموقوف عليه في ولايته بان كان طلبة علم او رباطا او مسجداً في مصره لا الوقف قيل يعتبر التظالم والاستعداء ، وقيل لو كان الموقوف عليه حاضراً جاز .

المادة ١٨٠٨ — يشترط ان لا يكون المحكوم له احداً من اصول الحاكم وفروعة وان لا يكون زوجته وشريكه في المال الذي سيحكم به واجيره الخاص ومن يتعيش بنفقته بناء عليه ليس للحاكم ان يسمع دعوى هؤلاء ويحكم له .

لان كل هذه المواضع يوجب التهمة وسواء كانت الشركة مفاوضة او عنانا . اعلم ان مبنى القضاء على الشهادة وقد تقدم في المادة ١٧٠٠ انه لا يصح للانسان ان يكون شاهداً لهؤلاء فلا يصح ان يكون قاضياً لهم ويجوز ان يقضى عليهم لانه لو شهد عليهم جاز ، فكذا القضاء ( معين الحكام ) .

فالنفي في قوله ليس للحاكم الخ، منصب على المعطوف والمعطوف عليه معا بمعنى عدم جواز السماع والحكم لهم واما السماع مع الحكم عليهم اذا توجه فلا مانع — علم من هذا انه بالاولى لا يجوز للقاضي ان يحكم لنفسه ففي تبصرة الحكام فان كان له قبل احد شيء او لاحد قبله شيء رفع ذلك الى غيره ووكل وكيلاً يخاصم عنه وان شاء خاصم ولم يوكل .

وفي الباب العشرين من قضاء الهندية عن المحيط ولا يجوز للقاضي ان يقضي لعبده ولا لمكاتبه ولا لعبد من لا تقبل شهادته لهم ولا لمكاتبهم — وكذلك لا يجوز له ان يقضي لشريكه شركة مفاوضة او شركة عنان اذا كانت الخصومة في مال هذه الشركة .

وفيها ولو مات رجل واوصى للقاضي بثلث ماله واوصى الى رجل آخر لم يجز قضاؤه للميت بشيء من الاشياء — وكذلك اذا كان القاضي احد ورثة الميت لا يقضي للميت بشيء — وكذلك لو كان الموصى له ابن القاضي او امرأته او غيرهما ممن لا تقبل شهادته لهم او كان عبد هؤلاء .

وكذلك لو كان القاضي وكيل الوصي في ميراث الميت لان القضاء يقع له من حيث الظاهر . وكذلك لو كان للقاضي على الميت دين لا يجوز قضاؤه للميت بشيء . واذا وكل احد الخصمين عبد القاضي او مكاتبه او بعض من لا تقبل شهادته له لا يجوز له ان يقضي الوكيل على خصمه لان القضاء يقع للوكيل من حيث التظاهر .

واذا وكل اي القاضي رجلاً بالخصومة فاستقضى الوكيل اي جعله قاضياً فليس له اي للوكيل ان يقضي في ذلك لان القضاء يقع للوكيل من حيث الظاهر وليس له اي للقاضي ان يقيم وكيلاً من موكله لانه ان اقام بحكم القضاء كان هذا قضاء للغايب وان اقام بحكم الوكالة فهذا اي القاضي وكيل ولم يقل له الموكل ما صنعت من شيء فهو جائز فان كان الموكل قال للقاضي ما صنعت من شي فهو جائز فوكل رجلاً

بالخصومة جاز وليس له اي للقاضي ان يقضي لهذا الوكيل - وفي الهندية ايضا بنوع تلخيص قال في الجامع الكبير اذا مات الرجل وله ديون على الناس بعضها على القاضي وبعضها على من لا تقبل شهادته له نحو امراته وابنه فادعى رجل عند هذا القاضي ان الميت اوصى اليه فاعلم ان هنا ثلاث مسائل . احداها هذه والحكم فيها ان القاضي اذا قضى بوصايته صح قضاوءه استحسانا حتى لو قضى بعض من سمينا الدين الى هـذا الوصي يبرأ ، ولو ان القاضي لم يقضي له بالوصاية حتى قضى هو او بعض من سمينا الدين ثم قضى له بوصايتـه لا يصح قضاوءه حتى كان للورثة مطالبته بالدين .

المسئلة الثانية لو كان مكان دعوى الوصاية دعوى النسب في هذه المسئلة بان جاء رجل وادعى انه ابن الميت ووارثه واقام على ذلك بينة فقضى القاضي بنسبه ان كان القضاء بنسبه بعد قضاء الدين اليه لا ينفذ قضاوءه وان كان قبل قضاء الدين ينفذ .

المسئلة الثالثة اذا كان مكان دعوى الوصاية والنسب دعوى الوكالة بان غاب رب الدين ثم جاء رجل واقام بينة ان رب الدين وكله بقبض الدين الذي له على القاضي او على من سمينا من قرابته فقضى القاضي بوكالته لا يجوز سواء كان القضاء قبل دفع الدين اليه او بعد دفع الدين اه ، اي لان الوكالة لا تثبت قصدا بل في ضمن دعوى صحيحة .

كذلك لو حكم القاضي في غلة الوقف او في اصل الوقف وكانت الغلة او جزء منهـا مشروطة له لا يصح حكمه لعدمه صلاحيته ان يكون شاهداً في ذلك لما في الهندية شهد انه وقف عليها او على احدها او على اولادها او على نسائها او ابويها او على قرابته وهما من القرابة او عـلى آل عباس وهما من آل عباس او على مواليه وهما من الموالي فالشهادة باطـلة وهكذالو كان موقوفا عليه او على من لا تقبل شهادته له وحكم فحكمه باطل – فان لم يكن في البلدة حاكم غيره يرجع اليـه يجرى العمل توفيقا للمادة الآتيـة .

المادة ١٨٠٩ - اذا كان لاحد دعوى مع حاكم بلدته او احد منسوبيه الذين ذكروا في المادة السابقة فان كان في تلك البلدة حاكم غيره تحاكما اليه وان لم يكن في تلك البلدة حاكم غيره تحاكما في حضور حكم نصباه برضاهما او في حضور نائب ذلك الحاكم ان كان ماذوناً بنصب النائب او في حضور حاكم البلدة المجاورة لبلدتهم فان لم يرض الطرفان باحدى هذه الصور استدعيا مولي من قبل السلطان ٠

[ اذا كان لاحد دعوى مع حاكم بلدته او احد منسوبيه الذين ذكروا في المادة السابقة فان كان في تلك البلدة حاكم غيره تحاكما اليه ٠ ]

هذا احد الوسائل للمحاكمة مع القاضي او احد منسوبيه - لكن في هذه الصورة لا خيار لاحدهما بل الحاكم الآخر الذي في تلك البلدة يحضر المدعى عليه جبراً وعند الايجاب يحكم عليه غيابا

[ وان لم يكن في تلك البلدة حاكم ترافعا في حضور حاكم نصباه برضاهما ٠ ]

هذه الفقرة لا جبر فيها بل يشترط رضى الطرفين في نصب الحكم

[ او في حضور نائب ذلك الحاكم ان كان . ]

اي الحاكم

ماذونا بنصب النائب

هندية وانقروية وهذه الصورة الثالثة يجبر فيها المدعى عليه وذلك لان الماذون له بالاستخلاف يكون من استخلفه مولى من قبل السلطان انظر المادة ١٨٠٥ مع شرحها

[ او في حضور حاكم البلدة المجاورة لبلدتهم ]

في هذه الصورة لا يكون الا برضى الطرفين فلو راجع احدها ذلك الحاكم وابى الآخر لا يجبر ولا يحكم عليه غيابا راجع المادة ١٨٠١ ثم لو اتفقا على مراجعته يحكم بينهما وليس له ان يقول لها افكما من قضاء آخر ليس تحت ولايتي راجع شرح المادة ١٨٠٧

[ فان لم يرض الطرفان باحدى هذه الصور استدعيا مولى من قبل السلطان . ]

الخلاصة ان هذه المادة ذكرت خمسة وجوه الاول والثالث لا يشترط فيها رضى الطرفين وفيا عداها يشترط . علم من هذا انه مع وجود قاض في البلدة قد يولى السلطان من يحكم في بعض القضايا اما

لملاحظة محذور يترتب على حكم ذلك القاضي او لمانع شرعي يمنع القاضي من الحكم وهو ان يكون المحكوم له ممن لا تجوز شهادته له كما في هذه المادة ·

المادة ١٨١٠ — ينبغي للحاكم ان يراعي الاقدم فالاقدم في رؤية الدعوى ولكن اذا كان تعجيل دعوى ورودها مؤخر من ايجاب الحال والمصلحة يقدم رؤيتها ·

لا فرق في مراعاة الاقدم فالاقدم بين الرفيع والوضيع ما لم تكن الدعوى من نحو غريب ومسافر فيقدمان على غيرهما دفعاً لما يلحقهما من الاذية في الانتظار ·

وفي الزيلعي ويرتب الناس في الفصل على ترتيب مجيئهم فيبدأ بالسابق فالسابق ويجعل في ذلك امينا يخبره ولا يجمع بين النساء والرجال في زحمة بل يجعل الرجال ناحية والنساء ناحية الا اذا كان لاحدهما دعوى على الآخر فيجلسان بين يديه وقت الدعوى اه

هذا اذا كثر الدعاوي وما امكن رؤيتها في يوم واحد · ولو كان لواحد منهم اكثر من دعوى واحدة وفي رؤية جميعها يتأخر غيره ليوم آخر فلا ينبغي استغراق ذلك اليوم في دعاويه وحده ·

وفي الهندية عن الحاوي ويقدم النساء على حدة والرجال على حدة وان جعل للنساء يوما واحداً فهو استر لهن وفيها قال محمد رحمه الله تعالى الذي يرجع من ليله الى اهله بمنزلة المقيم ، والذي يبيت في غير اهله بمنزلة الغريب الا ان الغريب يعنى المسافر اشد حالا واذا رأى التقديم لاجل الغربة لا يصدق في قوله اني غريب عازم على الرجوع الى وطني لكنه يسئله البينة على انه غريب هكذا روي عن محمد رحمه الله تعالى لكن لا تشترط العدالة في هذه الشهادة وشهادة المستور تكفي ومن اصحابنا

من قال يسئله مع من يريد السفر فيسئل الرفقة انهم متى يخرجون وان فلانا هل يخرج معهم فان قالوا نعم حينئذ يتحقق العذر - واذا اجتمع على باب القاضي ارباب الشهود والاعيان والغرباء والنساء فقدم القاضي ارباب الشهود فله ذلك وان قدم النساء فله ذلك .

## المادة ١٨١١ - يجوز استفتاء الحاكم من غيره عند الحاجة .

في الدر المختار وحاشيته رد المحتار ما خلاصته اذا كان الحاكم مجتهداً واشكل عليه امر ولا رأي له فيه شاور العلماء مثله وحكم برأيهم ان اتفقوا وان اختلفوا نظر احسن اقاويلهم وحكم به وان حصل له رأي قبل الحكم حكم برأيه لان المجتهد لا يقلد غيره الا اذا اتهم رأيه وكان غيره في نظره افقه واورع فهو في سعة ان يترك رايه براي غيره هذا في المجتهدين .

ومثله في الحاكم والعلماء المقلدين فيما لم يصرحوا في الكتب ترجيحه واعتماده او اختلفوا في ترجيحه والا فالواجب اتباع ما اتفقوا على ترجيحه او كان ظاهر الرواية او قول الامام او نحو ذلك من مقتضيات الترجيح المذكورة في شرح المادة ١٨٠١ .

وقد تقدم في شرح المادتين ١٧٩٤ و ١٧٩٩ بيان اداب المفتي فلا حاجة الى الاعادة . وفي مجمع الانهر استقر راي الاصوليين على ان المفتي هو المجتهد واما غير المجتهد ممن يحفظ اقوال المجتهد فليس بمفت والواجب عليه ان يذكر قول المجتهد كأبي حنيفة رضي الله عنه على طريق الحكاية فعرف ان ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي .

وطريق نقله لذلك عن المجتهد احد الامرين اما ان يكون له سند

فيه او ياخذه من مكان معروف تداولته الايـدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر وتمامه في البحر فليطالع — وصحح في السراج ان المفتي يفتي بقول الامام على الاطلاق ثم بقول ابي يوسف ثم بقول محمـد ثم بقول زفر والحسن بن زياد ولا يخير اذا لم يكن مجتهداً واذا اختلف مفتيـان يتبع قول الافقـه .

وفي المنح وان خالف ابا حنيفة صاحباه فان كان اختلافهم اختلاف عصر وزمان كالقضاء بظاهر العدالة ياخـذ بقول صاحبيه لتغير احوال الناس . وفي المزارعة والمعاملة ونحوها يختار قولهما ويجوز للشاب الفتوى اذا كان حافظاً الروايات وافقـا على الدرايات محافظا على الطاعات مجانبا للشهوات والعالم كبير وان كان صغيراً والجاهل صغير وان كان كبيرا .

المادة ١٨١٢ — ينبغي للحاكم ان لا يتصدى للحكم اذا تشوش ذهنه بعارضة مانعة لصحة التفكر كالغم والغصة والجوع وغلبة النوم .

للغضب درجات ثـلاث تفريط وافراط واعتدال الاولى والثانيـة مذمومتان والثالثة محمودة في موطنها الشرعية وللاشارة الى الثالثة قـال الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه من استغضب فلم يغضب فهو حمار ومحل الغضب القلب وهو حالة يغلي بها دم القلب بطلب الانتقام .

الاصل في هذا ما اخرجه في الجامع الصغير عن عبدالله بن عـدي الجرجاني قال صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي احدكم بالقضاء بين المسلمين فلا يقضي وهو غضبان وليسوِّ بينهم في النظر والاشارة — اخذ منه الاصوليون ليس هو علة النهي لذاته بل لما يتضمنه من الدهشة الشاغلة

عن استيفاء الفكر وامعان النظر فالحقوا بـه الجائع والحاقن والناعس والمكتظ شبعا واضراب ذلك .

## المادة ١٨١٣ — ينبغي للحاكم ان يدقق في اجراء المرافعات وان لا يوقع الامور في عقدة التأخير .

التدقيق في الدعوى ان يقف على اطرافها بالاستفسار من المدعي عن قيودها وشروطها فاذا تبين له صحتها يستجوب المدعى عليه فان اقر الزمه والا طلب من المدعي الاسباب الثبوتية ولا يعوق الحكم فيهـا راجع المادة ١٨٢٨ .

وفي الدر عن الاشباه لا يجوز للقاضي تاخير الحكم بعد شرائطه فلو اخر القضاء يأثم ويستحق العزل الا في ثلاث . الاولى اذا كان له ريبة في الشهود ومنها ثلاثة شهدوا عنده ثم قال احدهم قبل القضاء استغفر الله كذبت في شهادتي فسمعه القاضي بلا تعيين اشخصه فسئلهم فقالوا كلنا على شهادتنا فانه لا يقضي بشهادتهم ويخرجهم من عنده حتى ينظر في ذلك — الثانية لرجاء صلح اقارب وفي ط وكذا الاجانب لان القضاء يورث الضغينة فيحرز مها امكن .

وفي البيري عن خزانة الاكل اذا طمع القاضي في ارضاء الخصمين لا لا بأس بردهم ولا بنفذ القضاء بينهما لعلهما يصطلحان ولا يردهما اكثر من مرتين وان لم يطمع انفذ القضاء .

الثالثة اذا استمهل المدعي من القاضي حتى يحضر بينته فانه يمهله — وكذا اذا اقام البينة ثم ان المدعى عليـه استمهل من القاضي ان ياتي بالدفع فانه يجيبه ولا يعجل بالحكم اه . وهذا بعـد ان يسئله عن الدفع وكان صحيحاً فلو فاسداً لا يمهله ولا يلتفت اليه . وزاد البيري عن الخلاصة مسئلة اخرى يؤخر فيها ، اذا لم يعتمد على فتوى اهل مصره

فبعث الفتوى الى مصر آخر لايأثم بتأخير القضاء .

المادة ١٨١٤ - يضع الحاكم في المحكمة دفترا للسجلات ويقيد ويحرر في ذلك الدفتر الاعلامات والسندات التي يعطيها بصورة منتظمة سالمة عن الحيلة والفساد ويعتني بالدقة بحفظ ذلك الدفتر واذا عزل سلم السجلات المذكورة الى خلفه اما بنفسه او بواسطة امينه .

هذه السجلات اقسام اربعة : الاول اعلامات الحكم وهي المتضمنة لدعوى المدعي واثباته وجواب المدعى عليه ودفعه والاسباب الثبوتية . الثاني نصب الاوصياء الثالث القيماء في الاوقاف . الرابع تقدير النفقات والمراد بالسندات الحجج وهي غير الاعلامات ذات الحكم ولهذا عطفها على الاعلامات . وهي اي السندات تشتمل على انواع شتى من المعاملات الجارية بين الناس كالكفالة والحواله والدين والبيع القطعي والبيع بالوفاء وفكه والاجارة والاستدانة والهبة والوكالة والصلح واثبات الرشد وعقد المزارعة وعقد المساقاة والمضاربة ونصب الوصي والابراء ونفي الملك واضراب ذلك . وسميت سندات لانها يستدل بها ويستند اليها عند الحاجة ويعبر عنها بالحجج .

وقد وضع ارباب الفن في الصكوك انموذجا في كتب مخصوصة لتكون سالمة الروابط من الجرح والانتقاد وقد تعورف في الاعلامات ان توضع اشارة القاضي بالامضاء والختم في الاسفل وفي الحجج السائرة في في الاعلا . وكل من الاعلامات والسندات تسهلا للمراجعة عند اللزوم تقيد في سجلاتها المخصوصة المحفوظة عند القاضي .

وفي الزيلعي ويكتب نسخة اخرى يعطيها للخصم لتكون مستنداً له

عند الحاجة وما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة او نقصان ثم ان كانت الاوراق من بيت المال فــلا اشكال في وجوب تسليمها الى الجديد لانها انما كانت في يده لعمله وقد انتقل العمل الى غيره فلا معنى لتركها في يده بعد العزل .

وكذا اذا كانت من مال الخصوم او من مــال القاضي في الصحيح لان الخصوم وضعوها في يده لعمله — وكذا القاضي يحمل على انه عمل ذلك تديناً لا تمولا فيجب تسليمه اليه والجديد يتسلمها من المعزول امـا بنفسه او بواسـطة امينه · والواحد العدل يكفي والاثنان احوط — وامـا القاضي فلا يعمل بقوله كنت حكمت على فلان مثلاً قبل العزل لانه صار من افراد الرعية فلا يعتبر قوله وهل تقبل شهادته مع غيره بانــه كان حال قضائه حكم بكذا — المستفاد من مادة ١٧٠٩ عدم القبول لانها شهادة على فعله ·

## تنبيــه

مفاد قول الزيلعي ليكون حجة عند الحاجة ومثله في الفتح، انه يجوز للجديد الاعتماد على سجل المعزول اه (رد المحتار — لكن علمت انــه يشترط ان يكون سجل المعزول موافقـا للتعليمات التي نشرت في ٤ جمادي الاولى سنة ١٢٩٦ ليكون خاليا من شبهة التصنيع والتزوير ·

المادة ١٨١٥ — يجري الحاكم المحاكمة علنا ولكن لا يفشي الوجه الذي يحكم به قبل الحكم ·

## يجري الحاكم المحاكمة علنا

اي لا يمنع احداً من الحضور لاستماع المحاكمة بين المتداعيين لان المحاكمة العلنية ادعى للعدل وانفى للتهمة ولانه قد تمس الحاجة الى اثبات حكمه عند الانكار فيوجد من الناس من يشهد على حكمه

## [ ولكن لا يفشي الوجه الذي يحكم به قبل الحكم ]

لان المحاكمة متى انتهت باستكمال شروط الحكم واسبابه لا يجوز له تاخيره كما في المادة ١٨٢٨ فربما بعد افشائه تعرض في المحاكمة اسباب تغير شكل المحاكمة فيعطى حكما غير الذي افشاه وهذا داع للتهمة فيحترز عنه — لكن يقتضى ان يكون للمذاكرة والمشاورة خفياً فيخرج الناس من غرفة المحاكمة او ينسحب لغرفة اخرى لان المذاكرة العلنية فيما لو كان قاضٍ آخر مولى معه للاشتراك في الحكم او اقتضى له ان يشاور العلماء في قضية اعضلت عليه تزيل مهابة المجلس وتوجب اتهامه بالجهل (بدائع)

المادة ١٨١٦ — اذا اتى الطرفان الى حضور الحاكم لاجل المحاكمة يامر المدعي اولا بالتقرير وان كانت دعواه قد ضبطت تحريراً قبل الحضور يقرأ فيصدق مضمونها من المدعي ثم يطلب جواب المدعى عليه ثانيا وهو ان يسئله بقوله ان المدعى يدعي عليه بهذا الوجه فما تقول انت •

## [ اذ اتى الطرفان الى حضور الحاكم لاجل المحاكمة يامر المدعي اولاً بالتقرير ]

اي بيان دعواه هذا احد وجهين في اقامة الدعوى وذلك بان يحضر الطرفان امام القاضي ثم لا يلزمها السلام على القاضي فان فعلا لا يلزمه رد السلام عليها واما الشهود فيرمون السلام ويرد عليهم ( خانية )
وللمدعي ان يدعي بذاته او يحضر وكيلاً يسجل وكالته عند القاضي او يبرز حجة وكالة مصدقه من محل المجالس حسب الاصول - ولو احضر معه شخصاً وقال هذا وكيل فلان الغائب ولي في ذمته كذا والشخص يقر له بالوكالة لا يصح اقراره ولو اقام بمواجهته بينةً على ثبوت حقه لا تقبل فان ذلك يكون قضاء على الغائب ( خانية ) ثم اذا امره القاضي بتقرير دعواه فهنا صور ثلاث
الاولى ان يجدد دعواه من اصلها باطلة غير قابلة التصحيح وضابطها ان لا يلزم بها شي على الخصم ، يردها ولا يستوجب المدعى عليه كما لو ادعى ان فلاناً قريبي وكل في اموره فلاناً الاجنبي ولقرابتي له انا احق بالوكالة اطلب اجباره على توكيلي او ان فلانا باعني دابة فيها عيب وبعد قبضي واطلاعي على العيب رضيت به واستعملتها والآن رجعت عن رضاي اطلب فسخ البيع بالعيب ،او ان فلانا وهبني كذا ثم قبل ان اقبض رجع عن هبته فاطلب تسليمي اياها يردها قبل استجواب الخصم
الثانية ان يرى دعواه صحيحة موافقة للشروط المذكورة في كتاب الدعوى وحينئذٍ يستجوب خصمه ويقول ان فلانا يدعي عليك بكذا فماذا تقول ولا يطلب من المدعي الاسباب الثبوتية قبل الاستجواب اذ لايخلو المدعى عليه من ان يقر فيحكم عليه بسبب الاقرار اوينكر فيحكم عليه بسبب البينة وبينهما فرق لا يخفى كما في الدر المختار من باب الاستحقاق وخلافه .

الثالثة ان يجد في دعواه فساداً قابلا للتصحيح فهذا ان كان ناشئاً عن تساهل في ترك قيد او شرط فالقاضي يسئل المدعي عنه كما لو كان المدعى به عقاراً وترك حدوده او طلب الرجوع في هبته ولم يبين انها لم تزل قائمة في يد الموهوب له مثلا فان اتم بيانه سئل الخصم — وان لم يكن من هذا القبيل كدعواه انه استقرض مني مقداراً من الدنانير لا اعلم كميتها فالقاضي يصرف النظر عن الدعوى حتى يعين لعدم صحة الدعوى بالمجهول لان فائدة الدعوى القضاء بها ولا يقضى بالمجهول فلا تصح الدعوى ويستثنى من ذلك دعوى الرهن والغصب والوصية والاقرار والابراء راجعها من كتاب الدعوى — الوجه الثاني في اقامة الدعوى ما هو الجاري في زماننا بطريق الكتابة واليه اشارت المجلة بقولها .

[ وان كانت دعواه قد ضبطت تحريراً قبل الحضور ]

اي المدعي والمدعى عليه امام القاضي وهذه الدعوى تحريرية لا شفاهية .

[ يقرأ فيصدق مضمونها من المدعي ]

فيذيلها بالتصديق بامضائه او ختمه المعروفين وهنا ايضا لا تخلو الدعوى عن احد الصور الثلاث المتقدمة ففي الصورة الثانية يستقصيها

[ ثم يطلب جواب المدعى عليه ثانياً ]

اي هذا ثاني العمل بعد القراءة والتصديق [ وهو ان يساله ] بقوله

## [ ان المدعي يدعي عليك بهذا الوجه فما تقول انت ]

واعلم ان اهم العمل الذي يحترص به لحقوق العباد الاعتناء والدقة في تحرير كلامي المدعي والمدعى عليه واخذ خلاصته مطابقاً لماهية المقصد غير مغموس بمعنى آخر يضر احد الطرفين فكم من فرق بين لفظ ولفظ ومعنى ومعنى خصوصاً اذا كان المتداعيان من عامة الناس او من بعض اهل السواد لا يفهمون دقائق الالفاظ والمعاني ولا يتنبهون لتحريف كلمة او تبديلها باخرى مما يذهب بروح دعواه ولينظر الى عرفهم وعاداتهم في استعمال الالفاظ وهذا يقع كثيراً كما لو ادعى رجل على آخر باني قد اودعتك في مكان كذا الوديعة الفلانية فاطلبها فاجابه المدعى عليه منكراً للايداع وقال ما اودعتني شيئاً اصلا فبدل الكاتب انكار الايداع بانكار الوديعة وكتب ( انكر الوديعة ) فانه يتضرر المدعي وذلك لانه اذا اقام المدعي بينة على الايداع تقبل بينة المدعى عليه انه رد الوديعة وهذا بسبب كتابة الكاتب ونسيان الحقيقة لعدم التناقض بين جحود الوديعة ودعوى ردها بخلاف ما لو ادعى ردها بعد جحود الايداع لا يقبل للتناقض وكذا لو كان جواب المدعى عليه انكار الوديعة بان قال مالك عندي وديعة اصلا فقيد الكاتب بدل هذا الجواب ( انكر الايداع ) لا تقبل منه البينة على انه ردها للتناقض بين انكار الايداع ودعوى ردها فيتضرر المدعى عليه — وعلى هذا الاعتناء بضبط شهادة الشهود

### ﴿ لاحقه ﴾

اذا كانت الدعوى تتعلق في الفروج فبمجرد الدعوى لا تكون الحيلولة الا بالبرهان — ففي الهندية اذا ادعت المراة الطلاق على زوجها

وطلبت من القاضي ان يضعها على يدي عدل حتى تاتي بالشاهد الآخر ينظر ان كان الطلاق رجعيا لا يحول بينها وبين الزوج لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح . وان كان الطلاق بائناً ان قالت المرأة شاهدي الآخر غايب وايس في المصر فكذلك الجواب لا يحول بينهـا وبين الزوج وان قالت شاهدي الاخر في المصر ان كان الشاهـد الحاضر فاسقاً فكذلك الجواب لا يحول بينها وبين زوجها لان شهادة الفاسق ليست بحجة اصلا لا في حق الله تعالى ولا في حق العبد فصار وجودها والعدم بمنزلة – فاما اذا كان عدلا فالقاضي يؤجلها ثلاثة ايام وان حال بينها وبين زوجها فحسن هكذا ذكر في الاصل وذكر في الجامع بخلافه قال في الجامع اذا شهد واحد عدل فالقاضي يمنع الزوج عن الدخول عليها استحساناً واما اذا اقامت شاهدين شهدا على الطلاق البائن او على الثلاث لم يذكر هذا الفصل في الاصل وذكر في الجامع ان القاضي يمنع الزوج من الدخول عليها والخلوة معها ما دام مشغولا بتزكية الشهود وهذا استحسـان ولا يخرجها القاضي من منزل زوجها ولكن يجعل القاضي معها امراة امينة تمنع الزوج من الدخول عليها وان كان الزوج عدلا ونفقه الامنية في بيت المال فان زكيت الشهود فرق بينها والا ردت المرأة على الزوج فان طالت المدة وطلبت من القاضي ان يفرض لها النفقة او كانت لها نفقة مفروضة لكل شهر فالقاضي يفرض لها النفقة ويامر الزوج باعطاء المفروض ولكن انما يفرض لها نفقة مدة العدة لا غير فاذا اخذت قدر نفقة المدة ان عدل الشهود سلم لها ما اخذت وان ردت الشهـادة وردت المراة على زوجها رجع الزوج عليها بما اخذته كذا في الذخيرة .

وفيها اذا كان المدعى به منقولا وطلب المدعي من القاضي ان يضعه على يدي عدل ولم يكتف باعطاء المدعى عليه كفيلا بنفسه وبنفس المدعى به فان كان عدلا فالقاضي لا يجيبه وان كان فاسقا اجابه كذا في المحيط . لو ادعى عقارا في يدي رجل واقام بينة لا يامره القاضي بالوضع على يدي عدل ولا بالكفيل به الا ان يكون ارضا فيها شجر فيه ثمر فيوصع

على يدي عدل .

المادة ١٨١٧ — ان اقر المدعى عليه الزمه الحاكم باقراره وان انكر طلب البينة من المدعي .

اعلم ان الاقرار هو بنفسه حجة لا يحتاج الى تاييده بالحكم بل القاضي يلزم المقر بما اقر به الزاما وللمقر ولاية على نفسه فيقتصر عليه — بخلاف ما سياتي في المادة بعدها فان الحق اذا ظهر بالبينة فلا بد من تقويتها بحكم القاضي فان البينة بنفسها ليست حجة لكونها خبرا يحتمل الصدق والكذب فلا تصير حجة الا بقضاء القاضي المسقط لاحتمال الكذب وللقاضي ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة ( رد المحتار عن الزيلعي ) ولما كان الاقرار حجة بنفسه لا للشهادة اشترط لها مجلس القضاء دون الاقرار فيثبت الاقرار بالشهادة على المقر انه اقر في غير مجلس القضاء ولا تثبت الشهادة بالشهادة على الشهود انهم شهدوا في غير مجلسه — الا اذا كان الشهود انابوهم عنهم وحملوهم شهادتهم ليشهدوا بها امام القاضي عند تحقق العجز عن حضور الاصل بموت او مرض او غيبة ( مبسوط ) لانهم بالتحمل خلف عن الاصل ، والا في كتاب القاضي الى القاضي كما سياتي وقد ذكر الفاضل علي حيدر افندى في هذا المحل ان المدعى عليه لو اقر في مجلس الحاكم فحكم عليه الزاما باقراره ثم ادعى انه كان كاذبا في الاقرار لا يلتفت اليه واذا ادعاه قبل الحكم فله تحليف المدعي انه ليس كاذبا وعلله بان اقراره يحتمل الصدق والكذب في مجلس القاضي كاحتماله في غيره وعزاه للخيرية وليس فيها هذا التعليل بل فيها بعد ان افتى بالتحليف قال انه قول ابي يوسف واختاره المتاخرون وعليه مادة ١٥٨٩ لكن لا لان الاقرار ليس حجة في نفسه بل لما شاهده كثير لما ابتلي بالقضاء ان المديون قد يقر اولا لياخذ الدين من الدائن ثم لا ياخذه

وصرحوا بان قول ابي يوسف استحسان والقياس لا يسمع منه ولا يحلف للتناقض - وهكذا ينبغي ان يعلل حتى وفي تعليله هذا قد ناقض كلامه قبل اسطر بان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي بخلاف البينة ·والامر كذلك لان البالغ العاقل المكلف يستبعد النظر عادة ان يلزم نفسه بما هو ضرر عليه بالاقرار كاذبا ·

## [ وان انكر طلب البينة من المدعي ]

فيه اشارة الى ان جنس البينات في جانب المدعين والايمان في جانب المدعى عليهم فلا ترد اليمين على المدعي عند نكول المدعى عليه عند ائمتنا وحجتهم قوله عليه السلام في حديث الحضرمي والكندي للمدعي منهما الك بينة قال لا قال عليه الصلاة والسلام لك يمين فقال يحلف ولا يبالي· فقال صلوات الله عليه ليس لك الا هذا شاهداك او يمينه - يستوي فيما ذكرنا انواع الاملاك وصنوف المدعين من حر او عبد مسلم او ذمي مستأمن او مرتد ( مبسوط ) وتمامه هناك وبما ان الحق في اليمين مرتب على العجز عن البينة فلو قال المدعي لي بينة حاضرة في المجلس لا يحلف بالاتفاق وتسمع البينة - وان خارج المصر مدة السفر يحلف اتفاقا وان في المصر فعند الامام الاعظم لا يحلف خلافا لابي يوسف · والامام محمد مع ابي حنيفة فيما ذكر الخصاف ومع ابي يوسف فيما ذكره الطحاوي - واما اذا كانوا مرضى في المصر ظاهر ما في خزانة المفتين يحلف فانه قال الاستحلاف يجري في الدعاوي اذا انكر المدعى عليه ويقول المدعي لا شهود لي او شهودي مرضى او غيب ( بحر من كتاب الدعوى )

ثم ان قول المجلة ( وان انكر الخ ) لبيان الطريقة في العمل القضائي لان المدعى عليه يسوغ له الانكار مطلقا بل يجب عليه الاقرار ان كان ما يدعيه عليه حقا وله الانكار ان كان باطلا - ثم اذا اجتمع لاقرار والبينة هل يكون الحكم بالاقرار ام بالبينة فيه اختلاف المشايخ

والا ظهر الاول لما في البحر عن الفصولين لو برهن المدعي ثم اقر المدعى عليه بالملك يقضي له بالاقرار لا بالبينة الا اذا تحققت حاجة الخصم الى الحكم بالبينة فيحكم بها دفعا للضرر عنه حتى ويسوغ له الانكار .
وهذا في مسائل منها استحق المبيع في يد المشتري يعذر في الانكار وان علم صدق المدعي اذ لو اقر لا يرجع هو على بائعه بالثمن ولو اجتمع هنا الاقرار والبينة يحكم القاضي بالبينة دفعاً للضرر عنه . ومنها دعوى الرد بالعيب كما لو اراد المشتري رد المبيع على بائعه بعيب قديم فالبائع وان كان يعلم ينكره ليسوغ له الرد على بائعه اذا ثبت بالبينة . ومنها ادعى على احد الورثة بدين على الميت فاذا اقر يلزمه من حصته فقط كما في المادة ١٦٤٢ واذا انكر وحكم بالبينة يسري على سائر الورثة فينكر لحاجة دفع الضرر عنه .

وقد توجد مسائل لا يعمل فيها بالاقرار اصلًا ولا بد فيها من البينة ترجع الى قاعدة ذكروها وهي ان كل من اقر بشيء لا يلزمه لا يحلف عليه اذا انكره ولها فروع تبلغ نيفا واربعين ذكرها العلائي في آخر كتاب الوقف وقدمناها في شرح المادة ١٦٣٤ فهذه لا بد فيها من البينة ولا يعمل فيها باقرار وهي ليست مما نحن فيه مثلًا الصغير والصغيرة والمجنون والمعتوه لا يصح اقرار اوليائهم واوصيائهم بدين عليهم بل لا بد من البينة لانه اقرار على الغير راجع المادة ١٥٧٣ فهذه المسئلة و اشباهها ذكرها حيدر افندي مع مسائل الاستحقاق والرد بالعيب التي لولا الحاجة لدفع الضرر لحكم فيها بالاقرار مع ان الاقرار في هذه كالعدم لا يجوز الحكم به منفرداً .

ولما كان ما تقدم من البينات وسماعها وقبولها وحكم القاضي بمقتضاها يتعلق بقاض واحد يسمعها في مجلسه وعلى مقتضاها يحكم بحضور الخصمين وهذا يتحقق بقاض واحد اردنا ان نلحق به ما لا يتحقق الا بقاضيين وهو كتاب القاضي الى القاضي تتميما للفائدة قال في فتح القدير فهو كالمركب بالنسبة الى ما قبله

# بـــاب

## - في بيان احكام كتاب القاضي -

### ويحتوي على مقدمــة وشروط تتعلق بالقاضي الكاتب وشروط تتعلق بالمكتوب اليه وبيان وجه شرعيته

اعلم اولا ان الحكم على الغائب لا يجوز عندنا فلا بد من حضوره بنفسه امام القاضي او وكيل عنه ولو مسخراً وهو من ينصبه القاضي اذا توارى الاصيل ولم يجب دعوة القاضي، وهو موجود في ولايتــه حكمه وتعذر احضاره كما سيأتي في مادة ١٨٣٤ فالغائب قسمان اما هذا واما ان يكون متغيباً عن وطنه كاطنـــا في بلدة اخرى تحت ولاية قاض اخر فراراً من الدعوى او لمصالح ذاتية فـــان كان الاول يسمع القاضي الشهادة على وكيله او الوكيل المسخر ويحكم عليه كما في الماده ١٨٣٢ فاذا مست الحاجة يكتب بحكمه هذا الى قاض آخر لاجل التنفيذ ويقال لهذا الحكم سجل لان السجل لا يكون الا عند الحكم ويسمى في زماننا اعلامــا وان كان الثاني يحضر المدعي شهوده امام القاضي فان شهدوا له بمــا يدعي وظهرت للقاضي عدالتهم بعد التزكية يطلب المدعي من القاضي ارسال كتاب الى قاضي تلك البلدة التي فيها خصمه ليحكم له المكتوب اليه على خصمه بحضوره فيكتب القاضي الذي سمع شهوده كتابا بالشروط الاتي ذكرها وهذا يسمى بالكتـــاب الحكمي باعتبار ما يؤول اليه لانه يكون ملزما لحكم القاضي . والفرق ان الاول اذا وصــل الى المكتوب اليه لا يسعه الا التنفيذ وافق رأيه

او خالفه لاتصال الحكم به

واما الثاني فان وافق رايه ان كان مجتهدا او مذهبه ان كان مقلدا نفذه والا فلا لعدم اتصال الحكم به . وهو نقل الشهادة في الحقيقة الا انه لا يحتاج الى تعديل الشهود الذين شهدوا في الحادثة وفي الشهادة على الشهادة لا بد من تعديلهم ( عبد الحلم وشرنبلالي عن التبيين )

وجاز في الكتاب الحكمي نقل شهادة شاهد واحد بل شهادة امراة او شهادة على شهادة لما ان الاحتياج الى الكتاب ضرورة تعذر الجمع بين الخصم وشهوده فكذلك يحتاج الى شطر الشهادة او وصفه لان الانسان ربما يكون بعض شهوده في هذا البلد وبعض آخر في بلد آخر فيجوز الكتاب كما وجد الى ان يبلغ الى كمال النصاب ( عبد الحليم على الدرر )

# فصل

## - في وجه ثبوته -

قال في الفتح العمل بكتاب القاضي الى القاضي استحسان على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخباره بنفسه والقاضي لو اخبر قاضي البلدة الاخرى بانه ثبت عنده بينته قبلها حق فلان على فلان الكائن في بلد القاضي الآخر لم يجز العمل لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولايته فكتابه اولى ان لا يعمل به ، لان الكتاب فيه شبهة التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم لكنه جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس

الى ذلك اه .

اي والحاجة تنزل منزلة الضرورة كما في مادة ( ٣٢ ) لا يقال لا نسلم مساس الحاجة الى كتاب القاضي لان الشاهدين على الكتاب يجوز ان يشهدوا على شهادة الاصول ويؤدونها عند القاضي المكتوب اليه فلا حاجة حينئذ لانا نقول في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي المكتوب اليه الى تعديل الاصول . وقد يتعذر ذلك في بلده لعدم وجود من يخبر احوالهم وبالكتاب يستغني عن ذلك لان الكاتب وهو القاضي الاول يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده فوجه ثبوته بالاستحسان ، انه يشبه الشهادة على الشاهد لاتحاد المناط اي العلة وهي تعذر الجمع بين الشهود والخصم — فكما تجوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق الناس — فكذلك جواز كتاب القاضي ولا يراد بالشاهد القياس لان الشهادة على الشهادة ثبت استحسانا ايضا والقياس يأباها لانها عبادة بدنية لزمت الاصل . والنيابات لا تجري في العبادات وما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان ( بناية على الهداية )

## فصل

[ في بيان شروط كتاب القاضي الى القاضي وهي شروط
يتوقف عليها جواز العمل بكتاب القاضي
منها ما يتعلق بالكاتب ومنها ما
يتعلق بالمكتوب اليه ]

فالاول يشترط العلوم الخمسة بان يكون الكتاب من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم اي الكاتب والمكتوب اليه والمدعى به

بان يبين جنسه ونوعه وقدره ووصفه انظر المادة ١٦٢٣ واذا كان عقاراً يذكر موقعه وبيان حدوده ولا فرق بين ان يكون في بلدة الكاتب او المكتوب اليــه او غيرها انظر المادة ١٨٠٧ . والمدعي والمدعى عليه واعلام كل من هؤلاء وشهود الاصل يكون بذكر اسمه واسم ابيه وجده او قبيلته لان اعلام الانسان اذا كان غائباً يكون بهذه الاشياء فلو لم يذكر اسم ابيه وجده لا يحصل التعريف بالاتفاق ( بناية على الهداية ) . وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه الى قبيلته او فخذه فقال فلان التميمي او الكوفي او ما اشبه ذلك لا يكون تعريفا ايضـاً بالاتفاق وان كان مشهوراً لا يحتاج الى هذا .

الثاني ان تكون المسافة بين القاضيين مدة سفر كالشهادة على الشهادة فعلى هذا اذا كتب لقاض آخر فيما دون مدة السفر لا يجوز العمل به .

وحكى الطحاوي عن ابي حنيفه واصحابه انه يجوز فيما دون مسافة القصر وجوز ابو يوسف في الكتاب الحكمي ان تكون المسافة بحيث لا يمكن للشاهد اذا اتى للشهادة ان يرجع الى بيتـه آخر نهاره وجوزه محمد ولو في بلدة واحدة اذا كان فيهـا قاضيان يحكم كل منهما في جهة معينة منها .

الثالث ان يكون الكتاب الحكمي من حاكم منصوب من قبـل المحكم .

الرابع ان يكون القاضي الكاتب على قضـائه الى ان يمضي امر الكتاب فلو انه مات او عزل او خرج عن اهلية القضاء بجنون او عمى قبل ان يصل الى المكتوب اليه بطل الكتاب .

الخامس ان يكون معنونا من داخله نحو ان يكتب من فـلان الفلاني قاضي بلدة كذا الى فلان الفلانى قاضي بلدة كذا .

وفي رد المحتار يكفي ان يكتب الى قاضي بلدة كذا اذا لم يكن فيها حاكم غيره لحصول التعريف .

السادس يلزم وضع تاريخ الكتاب ليعلم المكتوب اليه ان الكاتب

هل كان قاضيا حين كتب الكاتب ام لا .

السابع لا يكون كتابه مقبولا عند المكتوب اليه الا بنصاب الشهادة رجلين او رجل وامراتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة -

الثامن يجب على القاضي الكاتب ان يقرا الكتاب على الشهود الذين يحملونه او يُعلم ما فيه لانه لا شهادة بلا علم بالمشهود به كالشهادة بان هذا الصك مكتوب على فلان لا يفيد مالم يشهدوا بما تضمنه ولم يشترط ابو يوسف العنوان في الباطن ولا القراءة على الشهود ويكفي ان يشهدهم بان هذا كتابه وختمه وعن ابي يوسف ايضا ان الختم ليس بشرط - رخص ذلك لما ابتلى بالقضاء وهذا اختيار شمس الائمة السرخسي قال في الفتح ولا شك عندي في صحته فان الفرض اذا كان عدالة الشهود وهم حملة الكتاب فلا يضر انه مختوم مع شهادتهم انه كتابه - نعم اذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي ان يشترط الختم لاحتمال التغيير الا ان يشهدوا بما فيه حفظاً بان يبينوا ما فيه للمكتوب اليه مفصلا فلا يضر كونه مع المدعي وهو غير مختوم وما قالاه احتياط وما قاله ابو يوسف توسع ويكتب هذا ويقول بعد الحمد والسلام . اما بعد فان رجلا اتاني يقال له فلان بن فلان الفلاني وذكر ان له حقا على رجل يقال له فلان ابن فلان الفلاني كذا وكذا درهما حالا وسئلني ان احلفه بالله ما قبض منها شيئا ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشيْ منها وحلفته فحلف بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت به البينة عندي ولا قبضه وكيل له ولا احاله وله قبضه له قابض وانها له عليه فسئلني ان اكتب له كتاباً بما استقر عندي من ذلك فكتبت له هذا الكتاب واشهدت عليه شهودا انه كتابي وخاتمي وقراته على الشهود ثم يطوي الكتاب ويختم عليه فان ختم عليه شهوده فهو اوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من قاضي كورة كذا الى قاضي كورة كذا ثم يدفعه الى المدعي لكن تعارفوا في زماننا على وضع العنوان في ظاهر الكتاب ولا

تنسى ماقاله ابو يوسف لن الاشهاد على انه كتابة بدون قراءة على الشهود ويكفي . التاسع لا يكون الا في حقوق العباد وهو ما لا يسقط بالشبهات قال في العناية ويندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة — وفي شرح الملتقى وكذا الشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل الذي يوجب المال — من كل حق هو بمنى الفعل يعرف بالوصف ولا يحتاج فيه الى الاشارة · ولا يقبل في الاعيان المنقولة كالثوب ونحوه — بان لدعى رجل نكاحا على امراة وبالعكس — والنسب بان ادعى نسباً من — الميت والمغصوب بان ادعى غصبا على رجل — والامانة المجحودة بان ادعاها على المودع الجاحد وكذا المضاربة المجحودة — وانما قيدنا بالجحد فيهما لان المودع والمضارب الغائبين لو كانا مقرين للمدعي لا حاجة الى كتاب القاضي — وعلى هذا الطلاق بان ادعت امراة على زوجها الغائب فهذه الاشياء كلها بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة · فان قيل لا نسلم عدم الاحتياج الى الاشارة فيما سوى الدين فان الشاهد يحتاج ان يشير الى الرجل والمراة عند دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في الامانة والمغصوب فكيف يجوز فيها كتاب القاضي ولا بد من الاشارة اليها في الدعوى — قلنا لا بل النكاح ونظائره المذكورة لاتحتاج الى الاشارة لان دعوى المدعي هي النكاح لا نفس المراة — وكذلك نظائره لانها من الافعال وهي فعل الغصب والايداع وعقد المضاربة والنكاح وان كان يلزم في ضمنه الاشارة الى المتداعيين اه . ملخصاً من البناية والعناية وعن محمد قبوله في كل ما ينقل ويحول وعليه المتاخرون وعمل الفقهاء اليوم على التجويز في الكل

العاشر لا يعمل بكتاب القاضي اذا كان في مسائل لا تتوجه فيها الخصومة على المدعى عليه كما لو تقدم رجل الى القاضي وقال ان فلان بن فلان بن فلان الفلاني الكائن في بلدة كذا كان له علي كذا وكذا درهما وقد اوفيته اياها او ابراني منها اريد القدوم اليها ويحتمل ان يتعرض لي هناك وعندي على ذلك شهود فاسمعها لي واكتب بذلك الكتاب الحكمي الى

قاضي البلدة لا يجيبه لعدم صحة الدعوى ولو قال انــه منكر للايفاء او الابراء ويطلب مني ما يدعيه فاريد اثبات دفع الدعوى اجابه بالاجماع . وكذا اذا ادعى ان الشفيع الغائب سلم الشفعة واقام بينة وطلب ان يكتب له هو على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد — وكذا امراة ادعت الطلاق على زوجها الغائب واشهدت وطلبت الكتاب هو على هذا الخلاف ايضــا . ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت باخر واخاف ان ينكر الطلاق فاحضرته وقالت للقاضي سله حتى اذا انكر اقمت عليه البينة فالقاضي يسئله بلا خلاف والقياس في الكل سواء وهذا احتياط — كذلك لو كفل زيد عمراً باذنه بدين عليه لبكر فاداه الكفيل عن زمة عمرو المديون ثم قبل الرجوع عليه بما اداه تغيب عمرو المكفول مدة السفر فاحضر زيد بينته للقاضي وطلب منه كتابا في اثبات ذلك ليحصله من المديون يجيبه .

الحادي عشر ان يكون صدور الكتــاب من مجلس حكمه لان كلامه في غير مجلس حكمه ككلام احد الرعايا ولهذا فرق في الهداية بين كتاب القاضي الى القاضي ورسوله اليه بان الكتاب كالخطــاب والكتاب وجد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة — واما الرسول فقائم مقام المرسل والمرسل في هذا الموضع اي موضع المرسل اليه ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الناس — وقال ايضاً في كيفية شهادة الشهود على انه كتاب القاضي ان يشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراءه علينا —

واما ما يتعلق بالمكتوب اليه ففي شرح العناية عن المحيط لو قبل المكتوب اليه الكتاب من غير حضرة خصمه جاز ولو سمع البينة على ان هذا كتاب القاضي من غير حضرة الخصم لا يجوز فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اه لان الكتاب في المعنى بمنزلة الشهادة على الشهادة لان القاضي ينقل الفاظ الشهود بكتابه

الى المكتوب اليه فالشهادة عليه كذلك لا تكون الا بحضرة الخصم

وفيه ايضا الاولى ان يكون الفتح بحضرة الخصم وان فتح بغير محضر منه جاز - قال في الفتح وترتيب الحال اي الكيفية انه اذا وصل المدعي الى القاضي جمع بينه وبين خصمه فان اعترف استغنى عن الكتاب وان انكر قال للمدعي هل لك حجة فان قال معي كتاب القاضي اليك طالبه بالبينة على انه كتاب القاضي فاذا حضروا احضر خصمه ان لم يكن حاضرا فيشهدون بحضرته انه كتاب القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه علينا على قول ابي حنيفة ومحمد وحينئذ افتكه وقراه عليه وقد اختلف لفتح الكتاب في لزوم تعديل هؤلاء الشهود وعدمه في الهداية : لم يشترط الامام محمد في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة - ثم بعد هذا يقول القاضي للخصم الك حجة اي دفع والا قضيت عليك فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبلها - وان قال لست فلان بن فلان الذي شهدوا عليه بهذا المال لزيد بل هو آخر قال له هات بينة ان في هذه الصناعة او القبيلة رجلا ينتسب بمثل ما تنتسب اليه والا الزمتك ما شهد به الشهود فان جاء ببينة على ان في تلك القبيلة او الصناعة من ينتسب بمثل ما نسب اليه ابطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة او الصناعة احد على اسمه او اسم ابيه قضى عليه - اقول جميع ما جاء في شهادة الشهود انه كتاب القاضي قراه علينا الخ هذا كان في زمانهم واما في زماننا فما الحاجة اليه فانه اذا سلم القاضي كتابه المختوم عليه الى دائرة البريد اي البوسطة ولا علم لها فيه ولا غرض وعهد اليها تسليمه الى المكتوب اليه كما هو العادة يدا بيد واخذ امضاء منه بوصوله ليده اليس هذا يوثق به كشهادة الشهود بل اوثق في سلامته من شبهة التصنيع والتزوير ولا ينكر تغير الاحكام بتبدل الازمان كما في المادة ٣٩

## فرع

في الفتح لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي الى قاضي بلده فهرب الى بلدة اخرى كان للقاضي المكتوب اليه ان يكتب الى قاضي تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي فكما جوزنا للاول الكتابة تجوز للثاني والثالث وهلم جرا للحاجة ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعي شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وانما يستفيدها لو كان الخصم حاضراً وقت شهادتهم -

الشرط الثاني ان المكتوب اليه انما يقبل الكتاب اذا بقي الكاتب على قضائه الى زمن قراءة المكتوب اليه حتى لو مات او عزل او جن او ارتد والعياذ بالله تعالى او لحق بدار الحرب او خرج عن اهليته بفسق وقد تولى وهو عدل بطل كتابه - وقال ابو يوسف يعمل به لان كتابة القاضي الى القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا عنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان كشهود الفرع فانه لا يمنع القضاء - وحاصل الجواب في الذخيرة عن ابي حنيفة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقرأ لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضي ولا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا بقراءته وكذا لو مات المكتوب اليه بطل الكتاب الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له - اي الذي صار تبعا معلوم بمعلوميته بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه لانه غير معرف - واجازه ابو يوسف وهو مذهب الشافعي لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطا فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجمال والتجهيل فصارت قصديته وتبعيته سواء واستوجهه في الفتح فانه حين ابتلي بالقضاء

وسع كثيراً تسهيلا على الناس ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامــه .

## مسـألة

قال في الدرر ادعى على غائب واراد ان يبعث وكيله لتحصيله استحلفه القاضي بانك ما قبضته كلا او بعضاً وما ابرأت ذمته وما تعلم ان رسولاً او وكيلًا لك قبض منه لان ذلك الغائب يحتمل ان يدعي بعد وصول الكتاب اليه انه ادى ذلك المال اليه ، ولا يكون له بينة فحينئذ يتوجه اليمين على المدعي فاذا حلف قيل يندفع ذلك وتقصر المسافة .

## خـلاصة

علم مما تقدم ان عنوان الكتاب على اربعة اوجه ان يكتب ابتداء بالتخصيص فقط بان يقول الى قاضي بلدة كذا او بالتعميم فقط بان يقول الى اي قاض كان من قضاة المسلمين او بالتخصيص ثم التعميم او بالعكس والاوجه الثلاثة صحيحة بالاتفاق والوجه الرابع يصح عند ابي يوسف .

المادة ١٨١٨ — اذا اثبت المدعي دعواه بالبينة حكم الحاكم بذلك وان لم يثبت يبقى له حق اليمين فان طلبه كلف الحاكم المدعى عليه اليمين .

[ ان اثبت المدعي دعواه بالبينة ]

بعد انكار المدعى عليه صريحاً او غير صريح كما لو قـال لا اقر

انكر او سكت عن الجواب - والبينة فعلة من البيان اذ بها يظهر الحق من الباطل وهي اسم لكل ما يبين الحق من شهود او قرينة قاطعة راجع المادة ١٧٤٠

## حكم الحاكم بذلك

بعد تزكيتها سراً او علنا لانه نور دعواه بالحجة انظر المادة ١٧٢٦ وبما ان هذه الدار من عالم الشهادة لا عالم الحقيقة والشهود وان كان كذبهم محتملا الا ان ادراك ذلك والوقوف على الحقائق امر غيبي لا يعلمه الا الله تعالى فشرعت البينات مع اخذ الاحتياطات بالبحث عن عدالتهم والوعيد الذي يزجرهم عن الكذب على حسب ما يمكن البشر في الاحكام واثبات الحقوق واشار بقوله

## يبقى له حق اليمين

الى ان اليمين لا ترد على المدعي لما تقدم في الحديث المشهور انها لا تكون الا من جانب المدعى عليه المنكر حتى لو اصطلحا على ان المدعي لو حلف فالخصم ضامن للمال وحلف، فهو باطل لان فيـه تغيير الشرع ( در منتقى ) والى انها حق المدعي فله الخيـار في طلب التحليف او تركه - وكيفية التحليف تكون على الوجه المتقـدم في مادي ١٧٤٨ و ١٧٤٩ وشرحها . واشار بقوله كلف الحاكم المدعى عليه اليمين الى ان التحليف حق القاضي - فلو حلف المدعى عليه بطلب المدعي بين يدي القاضي من غير استحلاف القاضي، فهذا ليس بتحليف لانه حق القاضي فلو برهن يقبل والا يحلف ثانيا - وكذا لو حلفه القـاضي قبل طلبه حلف ثانيا ولو

اصطلحا على ان يحلف عند غير قاض ويكون بريئا فهو باطل .

وخرجت مسائل يحلف فيها القاضي بدون طلب المدعي منها الرد بالعيب يحلف المشتري بالله ما رضيت بالعيب والشفيع بالله ما اسقطت شفعتك والمراة اذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب بالله ما خلف لك زوجك الغائب شيئا ولا اعطاك نفقة والمستحق بالله ما بعت ولا خرج عن ملكك بوجه من الوجوه . واجمعوا على ان من ادعى ديناً على الميت يحلفه القاضي بلا طلب الوصي والوارث انه ما استوفى حقه وهو مثل حقوق الله تعالى يحلف من غير دعوى ( بحر ) .

وفي تعليقاته حلف بطلاق او عتق ما له عليه شيء فشهدا عليه بدين له والزمه القاضي وهو ينكر قال ابو يوسف يحنث وقال محمد لا يحنث لانه لا يدري لعله صادق والبينة حجة من حيث الظاهر فلا يظهر كذبه بيمينه . والفتوى في مسئلة الدين انه لو ادعاه بلا سبب فحلف ثم برهن عليه ، يظهر كذبه ولو ادعاه بسبب وحلف ان لا دين عليه ثم برهن على السبب لا يظهر كذبه لجواز ان وجد القرض ثم وجد الايفاء او الابراء .

ولو ادعى دعاوي متفرقة لا يحلفه القاضي على كل شيء منها بل يجمعها ويحلفه يميناً واحدة على كلها مجمع الانهر ودر منتقى . وفيه فان حلف انقطعت الخصومة حتى تقوم البينة فتسمع بعد يمين الخصم على ما هو الصواب .

قلت ولا يظهر بها كذب المنكر على الصواب حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور فان قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه لا يحلف عند ابي حنيفة ومحمد في احد قوليه خلافاً لابي يوسف . وجه قول الامام ان ثبوت اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة فلا يكون حقه دونه وان كانت خارج المصر او في المصر وقال لم يحضروا او هم مرضى يحلف بالاتفاق وان كانت حاضرة في المجلس لا يحلف بالاتفاق .

## استثناء

ذكر في الدر المختار اواخر دعوى النسب لا يحلف المدعي اذا حلف المدعى عليه الا في مسئلة في دعوى البحر قال هي غريبة يجب حفظها وهي ما لو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبي مائة وقال الغاصب لم ادر ولكنها لا تبلغ مائة صدق بيمينه والزم بيانه اي لانه اقر بقيمة مجهولة فلو لم يبين يحلف على الزيادة اي نفيها وهي التي يدعيها المغصوب منه انها مائة فان حلف لا يثبت ما ادعاه المغصوب منه وان نكل لا يثبت ايضا ما لم يحلف المدعي ان قيمته مائة مثاله غصب ثوبا فاستهلكه فقال المغصوب منه قيمته مائه وقال الغاصب لا ادري ولكن لا تبلغ قيمته مائة صدق بيمينه والزم ببيان قيمته فان بين وقال قيمته سبعون مثلاً حلف الغاصب على ان قيمته لا تساوي مائة فان حلف لا يثبت ما ادعاه المغصوب منه وان نكل لا تثبت ايضا المائة ما لم يحلف المغصوب منه المدعي ان قيمته مائة وكتب المحشي على قوله ( فلو لم يبين ) فقال الظاهر ان في العبارة خللا والصواب فان بين لانه اذا لم يبين فما تلك الزيادة التي يحلف على نفيها – وثمرة الخلاف انه اذا ظهر المغصوب خير المالك بين اخذه او قيمته .

المادة ١٨١٩ – فان حلف المدعى عليه او لم يحلفه المدعي منع الحاكم المدعي من المعارضة للمدعى عليه .

علم من هذه الماده وما قبلها ان طرق القضاء بينة واقرار ويمين ونكول منه وعدها في الاشباه سبعا هذه الاربع وقسامة وعلم قاض

على المرجوح . والسابع قرنية قاطعة ( در مختار )

ولو شك فيما يدعي عليه ان اكبر رايه ان المدعى حق لا يحلف وان مبطلا ساغ له الحلف فعدم الحلف في موضعين غلبة رايه في ان المدعي محق واستوا.وه في كونه محقاً ام لا وجواز الحلف في موضعين تحققه في انه مبطل او غلبة رايه ، لانه ان علم صدقه يحصل له الثواب بذكر اسم الله تعالى على وجه التعظيم ولا يتضرر والا فليحترز من الوقوع في اليمين الفاجرة وهي الغموس وقد قالوا اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع اي خالية من اهلها هذا مجمل قول التنوير .

شك فيما يدعي عليه ينبغي ان يرضي خصمه ولا يحلف وان ابى خصمه الا حلفه ان اكبر رايه ان المدعي مبطل حلف والا فلا وارضاء الخصم يكون بمال مثل المدعي به او اقل يدفعه للمدعي فداء عن اليمين او بالصلح بدلا عن اليمين بما هو الغالب في الصلح ( درر وغيرها ) ويحل الماخوذ ان كان المدعي محقا وان مبطلاً لا ( عبد الحليم عن البحر )

وذلك بان ادعى رجل على آخر مالا فانكر فاستحلفه فافتدى يمينه او صالح عن يمينه على مال صح انظر المادة ١٥٥٩ .

لما روي عن سيدنا عثمان رضي الله تعالى عنه انه ادعى عليه باربعين دوهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف قيل له الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة — وحلف الاخرس يكون باشارة براسه اي نعم اولا لان اشارته اذا كانت معروفة بالنفي والاثبات تكون بمنزلة العبارة من الناطق في سائر الاحكام فكذا في حق الحلف والقاضي لو استحلف الناطق فقال نعم لا يكون يميناً لانه في قوة احلف وذا ليس بيمين ( عبد الحليم عن تكملة الديري ) قال في الدرر بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم مثلا حيث لم يجز وكان له ان يستحلفه ، لان الشراء عقد تمليك بالمال واليمين ليست بمال كذا في العناية وافاد بقوله منع الحاكم المدعى من المعارضة ان المدعي على دعواه لكن ليس له ان يعارض خصمه ما لم يقم البينة على وفق

دعواه فان اقامها قضي له بها وهذاهو الصحيح وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعونها بعد اليمين ويقولون بترجيح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي وهـذا ليس بشي. لان عمر رضي الله تعالى عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله تعالى يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة ولان اليمين بدل البينة فاذا قدر على الاصل بطل حكم الخلف .

يستثني من اطراد ان اليمين على من انكر مسائل سبع على قول الامام وهي دعوى النكاح او الرضى به او الامر به انكر هو او هي ، ورجعة جحدها هو او هي بعد عدة ، وفي ايلاء انكره احدهما بعد المدة ، واستيلاء تدعيه الامة ولا يتاتى عكسه لثبوته باقراره ، ورق ونسب بان ادعى على مجهول النسب انه قنه او ابنه وبالعكس — وعندهما يحلف في ذلك وبه يفتى كذا في الدر المنتقى والدرر ودليل كل مبسوط في محله وقد سبق بيانه

المادة ١٨٢٠ — اذا نكل المدعى عليه عن اليمين حكم الحاكم بنكوله واذا قال بعد ذلك احلف لا يلتفت الى قوله .

[ اذا نكل المدعى عليه عن اليمين حكم الحاكم بنكوله .

ولو بعد عرض اليمين مرة واحدة راجع المادة ١٧٥١ وهذا هو الصحيح قال في الكافي ينبغي للقاضي ان يقول اني اعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعى وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو مجتهد فيه فكان مظنة الخفاء لما في رواية عن ابي يوسف

ومحمد ان التكرار حتم ( شرنبلالي )

وفي البحر : واعلم ان القضاء بالنكول لا يمنع المقضى عليه من اقامة البينة بما يبطلها لما في الخانيـة من باب مـا يبطل دعوى المدعي رجل اشترى من رجل فرساً فوجد به عيباً فخاصم البائع فانكر البائـع ان يكون العيب عنده فاستحلف فنكل فقضى القاضي عليه والزمه العيب ثم قال البائع بعد ذلك قد كنت تبرأت اليه من هـذا العيب واقام البينة قبلت بينته اهـ ٠

هذا وان ترك اليمين ، وهي واجبة عليـه بحديث ( اليمين على من انكر دليل على انه باذل على قول الامام ابي حنيفة او مقر على قولهما والا لا قدم على اليمين تفصيا عن عهدة الواجب فالامـام اعتبر النكول بذلا كأن المدعى عليه يقول للمدعي انا ابذل لك مـا تدعيه وابيحه ولا احلف ولن كنت صادقا وبهذا يحمل حال المسلم على الصلاح في عـدم ظهور كذبه بالانكار - والصاحبان اعتبراه اقراراً لان الشرع انما يأمر المسلم بالتورع عن اليمين الكاذبة لا بالترفـع عن اليمين الصادقة ولان الترفع في غاية الندرة فان ظاهر حال الانسان ان لا يرضى بفوات حقه حـذار مباشرة امر مشروع ومثل هذا الاعتبار ساقط الاعتبار ٠

ويقابل ما قاله ائمتنا قول الامام الشافعي لا يقضى عليه بالنكول بل ترد اليمين على المدعي فان حلفه قضى له بما يدعي وان نـكل انقطعت المنازعة كما ترد اليمين على المدعي اذا اقام شاهداً او احداً عنده فلم يعتبر النكول حجة للحكم وجوابه ما سمعته ٠ هذا خلاصة ما في العناية والدرر وغيرها فان قلت حيث كان النكول بذلا واباحة على قول الامام فالمدعي به يلزم ان لا يملكه الا بالقبض بمقتضى المادة ( ٥٧ ) مع انه ليس في اختياره الامتناع عن دفعه للمدعي بل يجبر عليه بالحكم قلنا ان الامام لا يعتبره بذلا من كل وجه بل بذلا فيه شائبة الاقرار فيعامل بمقتضى المادة ٧٩ -

والخلاصة ان الامام يرجح جانب الترفع عن اليمين الصـادقة على

جانب التورع من الكاذبة ترجيحا لا على وجه القطع فهو يقول بـذل فيه شائبة الاقرار كما انهما يقولان اقرار فيه شائبة البذل ولهذا قال في البحر ان النكول لا يوجب شيئا الا اذا اتصل القضاء به وبدونه لا يوجب شيئا اما على اعتبار البذل فظاهر واما على اعتبار انه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده .

ونقل العلامة ابن عابدين في تعليقاته عن المعراج اما الاقرار فهو حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء. ولفظ القضاء في الاقرار مجاز — افاد بقوله اذا نكل المدعى عليه من اليمين الخ ان النكول لا بد ان يكون في مجلس القضاء. لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة ولا عبرة لليمين عند غيره .

## [ واذا قال بعد ذلك احلف لا يلتفت الى قوله ]

لانه ابطل حقه بالنكول فلا ينقض به القضاء ( درر ) وقيد بكونه بعد الحكم لانه لو قال قبل الحكم احلف يعتبر ولو بعد العرض ثلاثا لعدم استلزامه نقض القضاء .

## بحث

ولو حكم عليه بنكوله ثم فسخ او نقض اعلام الحكم ينظر فان كان الفسخ او النقض بناء على ان تكليفه لليمين كان بخلاف الشرع كما لو حلفه خصمه دون القاضي او حلفه القاضي بدون طلب الخصم ، يحلف وان كان الفسخ او النقض لا لذلك بل لسبب آخر من اسباب النقض هل يحكم عليه بناء على النكول السابق ام يحلف ، لم اجد نقلا والذي يظهر ان الاحوط عرض اليمين عليه ان كان محل النقض من الاعلام

قبل جريان التحليف لان النكول احد اسباب الحكم وقد فقدت بعض شروط صحة الحكم والسبب كما في البدائع لا ينعقد مفيدا للحكم بدون شرطه فاذا فقد الشرط لم ينعقد سببا فتامل وراجع لعلك تظفر بالنقل ·

واعلم انه ذكر في الخانية في باب ما يبطل دعوى المدعي ان الدعوى بعد القضاء بالنكول تسمع اقول هذا ضابط لا غبار عليه لما هو مقرر ان الدفع كما يصح قبل البرهان يصح بعد اقامته ايضا وكما يصح قبل الحكم يصح بعده ويصح دفع الدفع ودفعه - ثم في هذا الباب ذكر فرعين لها تعلق في الدعوى بعد القضاء بالنكول يخالف احدهما الآخر بحسب الظاهر ·

الاول رجل ادعى دابة في يد رجل انها له فجحد المدعى عليه فاستحلفه فنكل وقضى عليه بالنكول ثم ان القضى عليه اقام البينه انه كان اشترى الدابة من المدعي قبل دعواه لا تقبل هذه البينة · وعدم قبولها بناء على ان النكول اقرار لا بذل الا ان يشهدوا انه اشتراها منه بعد القضاء وذكر في موضع آخر ان المدعى عليه لو قال اشتريته قبل الخصومة واقام البينة قبلت بينته ويقضى له ·

الثاني رجل اشترى من رجل دابة فوجد فيها عيبا فخاصم البائع وانكر البائع ان يكون العيب عنده فاستحلف فنكل فقضى القاضي عليه والزمه الدابة ثم قال البائع بعد ذلك قد كنت تبرات اليه من هذا العيب واقام البينة قبلت بينته اه ·

فنقل في الاشباه ضابط الخانية اعني قوله ( لا تسمع الدعوى بعد القضاء بالنكول ) فاعترض عليه الحموي بان في الخانية ما يخالفه وذكر الفرع الاول ونقل في البحر ايضا الضابط المذكور في الخانية واستشهد له بالفرع الثاني وكتب العلامة ابن عابدين في تعليقاته عليه ما نقله عن الحموي معترضا عليه اي صاحب البحر بالفرع الاول واتى بعده بجمل ما اطفات غليلا ولا كشفت ابهاما ·

يقول الفقير ان ضابط الخانية حق والفرعـان المذكوران لا تخالف بينهما وما نقله في الاشبـاه صحيح وما ذكره الحموي في ايهام المخالفة سهو قلم · بيانه ان كل دفع سواء كان بعد قضاء بالنكول او بغيره يسمع — لكن سماعه عند عدم التناقض ولا شك ان الفرع الثاني في دعوى التبرأ من العيب عـدم التناقض فيه ظـاهر لان انكـار كون العيب عنده لا يناقض دعواه ان المشتري ابراه من خصوص هذا العيب على فرض اذا وجد ولم يشاهده المتبايعيان حين العقد فقبول الدعوى في هذه المسئلة بعد القضاء بالنكول اتفاقي لا قـائل بخلافه ولهذا اورده في الخانية بلا ذكر خلاف —

واما الفرع الاول واضرابه ، فليس في الخلاف فيه هدم لذلك الضابط الذي نقله في الاشباه عن الخانية — بل منشأ الخلاف اختلافهم في ان الدفع بعد الحكم المبني على النكول هل فيـه تناقض ام لا وسبب ذلك ما قدمناه لك ان النكول هل هو بذل كما يقول الامام فيقبل الدفع لعدم التناقض ام اقرار كما يقول صاحباه فلا يقبل للتناقض وقد مشى العلامة ابن عابدين على اثر الحموي ولم يات بحاصل ونقل حيدر افندي ايضاً كلام الحموي على علاته المشعر بنقض الضابط المذكور هذا ما وصل اليه الفكر القاصر في تحرير هذا المقام ·

المادة ١٨٢١ — يجوز الحكم والعمل بمضمون الاعلام والسندات الذين اعطيا من طرف حاكم محكمة بلا بينة اذا كانا عاريين وسالمين عن شبهـة التزوير والتصنيع وموافقين لاصـولهما ·

موافقة الاعلامات والسندات اي الحجج للاصول بان يراعى فيهـا التعليمات التي نظمتها جمعية المجلة وجرى التصديق عليها من الجانب السلطاني

بتاريخ ٤ جادي الاولى سنــة ١٢٩٦ وهي تحتوي على ٢٥ مادة فاذا استوفيت الشروط المبينة في تلك التعليمات يعمل بها ويحكم بلا بينــة - لكن اذا كانت الاعلامات والسندات مطابقة للاحكام الشرعية والا فلا يعمل بها وان روعي فيها احكام التعليمات مثلا اذا كان اعلام الحكم يتضمن الحكم بدين على الميت بدون تحليف المدعي يمين الاستظهار ، او الحكم بالبينة بدون تزكية الشهود - وكذا لو سجل القــاضي وقف زيد لعقار مغصوب ، او تقريره بانه كفيل بالوديعة التي اودعها عند عمرو ، او قرر عنده بانه فرغ ارضه الاميرية لفلان بمبلغ ، او باع ما هو تحت تصرفه من العقــار المستغل بالاجارتين بدون اذن من صاحب الارض او المتولي فسجلها وكتب بذلك حجــة فهذا كله باطل لا يعمل بها حتى لو جاء ببينة تشهــد امام حاكم ما بان القــاضي الفلاني كان حكم لي على فلان بكذا او سمع تقريري بكذا وقبله فسجله لا يسمع منه لفسادهــا -

واعلم انه كما يعمل بالاعلامات والسندات الموافقة للتعليمات المذكورة المطابقة للاحكام الشرعية يعمل ايضا بالبينــة اذا اقامت على حكم القاضي لما في بهجة الفتاوى ادعت هند على زينب بان لي في ذمتك من جهة كذا مبلغ كذا حتى اني كنت ادعيت فيه عند القاضي واثبتــه بالبينة فحكم لي فانكرت زينب ذلك كليا فارادت المدعية اقامة البينة فقالت المدعى عليها زينب لا اقبل البينة على مجرد حكم القاضي بل لا بد من ابراز اعلام حكمي يتضمن ذلك فهل تقبل بينة هــند على حكم القاضي الجواب نعم وعزاهــا الى منح الغفار ( فمن اقر بحق او قامت عليه بينة لزمه ) قوله او قامت عليه بينة اعم من ان يشهدا باصل الحق او بحكم القاضي لكن في زماننــا الجري على مقتضى التعليمات متحتم في كل المحاكم فلا يصدر حكم او حجة الا وهو مقيد في سجله المخصوص فاذا ادعى لدى محكمة على محكوم متعنت عن اداء الحق بانه صدر اعلام حكمي فيما يدعيه يقتضي بادل الامر السؤآل من تلك

المحكمة لينظر في جوابها - وفي البهجة ايضا عن التتف الحاكم اذا شهد على حكمه بعد العزل لا تقبل شهادته في قول ابي حنيفة رحمه الله واصحابه بخلاف ما لو بشهد مع رجل آخر على احد مثلا بانه كان اقر بحضوره حال قضائه بان عليه لفلان كذا فانه يجوز وقد افتى بذلك

المادة ١٨٢٢ — اذا اصر المدعى عليه على سكوته عند الاستفهام كما ذكر آنفا ولم يقل لا ولا نعم يعد سكوته انكارا وكذلك لو اجاب بقوله لا اقر ولا انكر يعد جوابه هذا انكارا ايضا وتطلب البينة من المدعي في الصورتين كما ذكر آنفاً .

قال في البدائع الانكار نوعان نص ودلالة - اما النص فهو صريح الانكار واما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعي من غير آفة ، لان الدعوى اوجبت الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار فلا بد من حمل السكوت على احدهما والحمل على الانكار اولى ، لان العاقل المتدين لا يسكت عن اظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد يسكت عن اظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الانكار اولى فكان السكوت انكارا دلالة - ولو لم يسكت المدعى عليه ولم يقر ولكنه قال لا اقر ولا انكر واصر على ذلك ، اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا انكار وقال بعضهم اقرار والاول اشبه لان قوله لا انكر اخبار عن السكوت عن الجواب والسكوت انكار على ما مر اه .

هذا ان كان سكوته لغير عذر وان لعذر كما لو كان في لسانه آفة تمنعه عن التكلم او في سمعه ما يمنعه عن سماع الكلام فلا يعد انكاراً وقد مشت المجلة على قول ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله تعالى في

ان قوله لا اقر ولا انكر انكار وقال ابو يوسف لا يكون اقراراً ولا انكارا فيحبس حتى يقر او ينكر — وفي البحر لو وكله غير جائز الاقرار والانكار قيل لا يصح الاستثناء لعدم بقاء فرد تحته وقيل يصح لبقاء السكوت اي فتسمع عليه البينة .

**المادة ١٨٢٣ — لو اتى المدعى عليه في مقام الاقرار او الانكار بدعوى تدفع دعوى المدعي يعامل على وفق المسائل التي ذكرت في كتاب الدعوى .**

الكلام على هذه المادة يقع في مواضع في بيان من هو اهل للدفع ومن ليس اهله واذا كان اهلــه فمتى يصح منــه الدفع ومتى لا يصح وفي بيان . ماذا تكون المعاملة اذا صح الدفع واذا كان صحيحاً ومن اهله فمتى يطالب بالدفع .

اما الاول فنقول دفع الدعوى اي الاتيان بدعوى تدفع دعوى المدعي لا يصح الا من مدعى عليه او من يدفع الضرر عن نفسه ، وان لم يكن مدعى عليه لانه في دفع الضرر عن نفسه يكون بمعناه كذا في الانقروي وهامشه مثال الدفع من المدعى عليه - بائع ادعى على المشتري ان البيع كان كرها وطلب فسخه لفساده فدفع المشتري دعواه بان سلمــه المبيع طوعا او قبض منه الثمن طوعا وبرهن ، اندفعت دعوى المدعي وكذا لو ادعى رجل عينا في يدي انسان عند القاضي ملكا بسبب لم يمكنه اثباته فباع المدعى عليه ذلك العين من رجل وسلمه اليــه ومضى على ذلك زمان ثم ان المدعي ادعى ذلك العين على المشتري عند ذلك القاضي او قاض آخر ملكا مطلقا فقال المشتري في دفع دعواه انه مبطل في هذه الدعوى لما انه ادعى هذا العين على بائعي بسبب الشراء والآن يدعيه ملكا مطلقا فهذا دفع صحيح كذا في الهندية عن الذخيرة .

ولو ادعى على آخر ضيعة فقال الضيعة كانت لفلان مات وتركها ميراثا لاخته فلانة وانا وارثها واقام البينة ، تسمع فلو قال المدعى عليه في الدفع ان فلانة ماتت قبل فلان مورثها صح الدفع – وكذا لو ادعى دينا فبرهن مديونه اني احلتك به على فلان ، يقبل لانه ادعى تاخير المطالبة واسقاطها عن نفسه ولا يمكن اثباته الا بان يصير خصما عن المحال عليه ولو لا بينة له على الحوالة فله ان يحلف المدعي على الحاصل بان ما يدعيه حق عليه ( فصولين من العاشر )

ومثال من في معناه لدفع الضرر عن نفسه لو استحق المبيع من يد المشتري فبرهن البائع على المستحق انه اي المستحق باعه منه قبل ان يبيعه هو من المشتري ( فصولين من العاشر ) او برهن البائع انه نتج عنده او عند بائعه تسمع ويبطل الحكم – وكذا اذا كان المدعى عليه احد الورثة وقد اثبت المدعي دينه عليه فبرهن الوارث الآخر ان المدعي قال انا مبطل تسمع لانه في هذا الدفع دفع الضرر عن نفسه فيما يؤخذ من التركة .

واما من ليس اهلاً للدفع فمن لا يكون مدعى عليه ولا في معناه اي لا يصلح خصما شرعيا وهذا ظاهر .

واما شرط صحة الدفع ، فان لا يكون في الدفع تناقض لان الدفع دعوى على المدعي والتناقض في الدعوى غير مسموع فلو ادعى على رجل الف درهم فقال لم يكن لك علي شيء قط ثم اقام المدعي البينة واقام المدعى عليه البينة انه قد قضى تقبل منه ولو قال لم يكن بيني وبينك معاملة في شيء لا تقبل بينته على القضاء للتناقض في الثاني لا الاول – وحيث صح الدفع انقلب المدعى عليه مدعيا والمدعي مدعى عليه فان اقر بدفع المدعى عليه الزم باقراره ومنع من المعارضة وان انكر طلبت البينة من المدعى عليه فان اثبت دفعه منع المدعي ايضا من دعواه وان عجز وطلب تحليف المدعي فان حلف بطل الدفع وبقي المدعي على دعواه وان نكل ثبت دفع المدعى عليه ومنع المدعي من معارضته – وهذا معنى

قول المجلة يعامل على وفق المسائل التي ذكرت في كتاب الدعوى والبينات مثلا ادعى عليه كذا دراهم قرضا فقال المدعى عليه قضيتكها او ابراتني منها فان اقر المدعي بهذا الدفع منع من الدعوى وانتهت الخصومة وان انكر او سكت فاثبت المدعى عليه هذا الدفع منع المدعي ايضا من دعواه - وان عجز عن البينة فطلب تحليفه فنكل ، منع كذلك وان حلف بطل دفع المدعي عليه وبقي المدعي على دعواه يقيم البينة او يحلف المدعى عليه اذا انكر

وقد يكون الدفع عند عدم اثباته اقرار للمدعي بدعواه كما لو ادعى رجل دابة في يد آخر انها ملكه فقال المدعى عليه اشتريتها منك فعجز عن اثبات دفعه وطلب تحليف المدعي فحلف بطل الدفع وحكم بالدابة للمدعي لان دعوى الشراء منه ، ولم يثبته ، اقرار ولو ادعى مكان الشراء انه ابراه من دعوى الدابة فحلف يبقى الدعي على دعواه اما ان يثبتها بالبينة او يحلف خصمه لان دعواه الابراء عن دعوى الدابة لا يكون اقرارا - وكما يصح الدفع يصح دفع الدفع مثاله ما في الهندية ( فيما تدفع بـه دعوى المدعي ومالا ) . ادعى دارا انها ملكي لاني اشتريتها من فلان فقال ذو اليد في دفعه لا بل هي ملكي اشتريتها من فلان ذلك ايضا فقال المدعي دافعا له جرى الفسخ بينكما لذلك البيع ثم اشتريت بعد ذلك واقام البينة تسمع - ولو كان هذا في المنقول يشترط القبض بعد الفسخ لصحة البيع - وكذا ادعى عينا في يدي رجل اني اشتريته من فلان منذ سبعة ايام وقال ذو اليد في دفعه لا بل هو ملكي اشتريته من ذلك الذي تدعي الشراء منه منذ عشرة ايام واقام البينة يكون لاسبقهما تاريخا - ولو ان من يدعي البيع بتاريخ لا حق يقول ان بيعك معه في التاريخ السابق كان تلجئة والآخر ينكر كان له ان يحلفه .

ولو ادعى دارا في يده ارثا او هبة فبرهن المدعى عليه على انـه اشتراها منه وبرهن المدعي على اقالته صح دفع الدفع . وعلى هذا صحة

دفع دفع الدفع قبل الحكم او بعد الحكم كمسئلة الاستحقاق المارة لما في العاشر من الفصولين بنوع ايضاح

ادعى عينا في يد آخر فدفعه بنها وديعة اودعها عنده فلان الغائب ولم يمكنه اثباتهـا حتى حكم للمدعي نفذ حكمه ثم بعد الحكم لو برهن على الايداع ، لا يقبل لانه لا يكون خصما عن الغائب فلو قدم الغائب فهو على حجته في ابطال الحكم الاول ولو لم يبرهن ذو اليد على الايداع حتى صار خصما فبرهن المدعي ثم قبل الحكم برهن ذو اليد على الايداع تقبل لانه ظهر انه ليس بخصم قبل ان يتجه الحكم

واما مطالبة الدافع بالدفع فمتى يكون في الانقروي عن النسفية : سئل عن دعوى غير صحيحة على الاطلاق وكان فيها انواع خلل اي مع صحة اساسها ادعى المدعى عليـه الدفع في ذلك هل يطالب باثبات ما ادعى من الدفع ام يطالب المدعي بتصحيح الدعوى اولا قال فيه اختلاف المشايخ في كتاب الرجوع عن الشهـادات ما يدل على ان مدعي الدفع يطالب بذلك ولا يطالب بصحـة الدعوى من المدعى وعليه الاعتماد وبه يفتى .

وهذا لا ينافي ما ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز ان استجواب المدعى عليه لا يكون الا بعد الدعوى الصحيحة على الاطلاق ، لان ذاك فيما اذا لم يكن المدعى عليه دافعا كما هنا ولهذا لم يشترط لسماع الدفع صحة الدعوى على الاطلاق تامل وعليه فيسئله القاضي عن دفعه فان وجده صحيحا يمهله الى المجلس الثـاني ولا يعجل الحكم صيانه للقضاء عن الابطال وان رءآه فاسدا لا يلتفت ويحكم بالوجه الشرعي .

المادة ١٨٢٤ — ليس لاحد الطرفين ان يتصدى للافادة ما لم تكمل افاده الآخر واذا تصـدى يمنع من قبل الحـاكم .

قال الزيلعي في التبيين واذا تكلم احدهما اسكت الآخر واستمع حتى يفهم ما يقول فاذا فرغ من الدعوى امره بالسكوت واستنطق الآخر اذا طلب المدعي ذلك وقيل من غير طلبه لانهما اذا تكلما جملة لا يتمكن من الفهم ولانه يخالف الآداب يذهب بمهابة المجلس فلا ياذن لاحدهما بالتكلم ما لم يفرغ الآخر من كلامه . واذا راى في دعوى المدعي نقصان قيد او شرط فلا يستجوب الخصم حتى يستوضح منه مثلا احد الشريكين مفاوضة لو لزمه ضمان من حقوق التجارة بسبب كفالة او غصب او استهلاك مال فضمنه ثم ادعى على شريكه عند القاضي تشريكه فيما ضمن ولكنه لم يبين نوع الشركة يسئله القاضي هل الشركة مفاوضة ام غيرها ليتجه وجوب الضمان عليه وعلى شريكه معا لان المفاوضة تتضمن الكفالة — او ادعى على آخر بدل ايجار العقار الفلاني ولم يذكر انه سلمه اياه او استوفى المنفعة يسئله عن ذلك ليتجه وجوب الاجر على المستاجر — او ادعى ضمان عارية هلكت عند المستعير ولم يذكر كيفية هلاكها يسئله هل هلكت بتعد منه ام لا ليتجه وجوب الضمان على المستعير او ادعى على آخر انه اسلمه مائة ليرة عثمانية على ان يسلمه عشرين قنطارا من الحنطة المعلومة النوع والوصف وطلب تسليمها يسئله في اي زمان ومكان اشترط تسليمها ليتجه الوجوب على الخصم — او ادعى حق شفعة في دار لم يبين موقعها وحدودها ولم يذكر ان المشتري استلم الدار يسئله عن موقعها وحدودها وهل الدار في يد المشتري ام لا وهكذا ثم يصير الاستجواب ( مجمع الانهر وغيره )

المادة ١٨٢٥ — يضع الحاكم في المحكمة ترجماناً موثوقاً به ومؤتمنا لترجمة كلام من لم يعرف اللسان الرسمي من الطرفين .

الواحد يكفي على قول الامـام الاعظم وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد اثنان وفي الدر المختار : الاثنان احوط وقدمنا الكلام على هذا مستوفى فارجع اليه في شرح المادة ( ٧١ ) وهذا احد المواضع التي يقبل فيها خبر الواحد نقلهـا في الدر عن ابن وهباز وذكرها في الاشباه في تقويم التلف يعني لو اتلف شخص لشخص شيئا وادعى ان قيمته كذا وانكر المدعى عليـه ان يكون ذلك القدر قيمته يقبل قول الواحد العدل في قيمته ٠

قال الحموي ونقل المصنف في البحـر من باب خيـار العيب عن البزازية انه يحتاج الى تقويم عدلين لمعرفة النقصان فيحتاج الى الفرق — ثم استثنى من التقويم تقويم نصاب السرقة فلا بد من اثنين — وفي الجرح والتعديل في تزكية السر وقال محمد لا بدمن اثنين — وفي جودة المسلم فيـه بان ادعى جودة المسلم فيه وانكر المسلم يكفي فيه قول الواحد العدل — وفي الاخبار بالفلس بان اخبر القاضى واحد عدل بافلاس المحبوس بعد مضي الحبس اطلقه — وفي رسول القاضي الى المزكي يقبل قوله باني رسول القاضي اليك — وفي اثبات العيب يقبل قول الواحد في ثبوت العيب الذى يختلف فيه البائع والمشتري — وفي رواية هلال رمضان يقبل اذا كان في السماء علة — وفي الاخبار بالموت والنسب والنكاح فمن اخبره عدل بشيء من ذلك حل له ان يشهد به

وظاهر كلام الزيلعي لا بد من خبر عدلين — ولا بد في الترجمان ان يكون بصيرا عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف ويجوز ان تكون امراة عدلا — لكن في المواضع التي تقبل فيها شهادة النساء والتي لا يصح ، لا يجوز ان تكون فيها ترجمانا ٠

المادة ١٨٢٦ — يخطر ويوصي الحاكم بالمصالحة للطرفين مرة او مرتين في المخاصمة الواقعة بين الاقرباء او المامول

فيها رغبة الطرفين في الصلح فان وافقا صالحهما على وفق المسائل المندرجة في كتاب الصلح والا اتم المحاكمة .

[ يخطر ويوصي الحاكم بالمصالحة للطرفين مرة او مرتين في المخاصمة الواقعة بين الاقرباء او المامول فيها رغبة الطرفين الى الصلح ]

خيرية : الصلح وردت في الكتاب العزيز قال الله تعالى والصلح خير وفي الحديث دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم المسجد فراى رجلين يتنازعان في ثوب فقال لاحدهما هل لك الى الشطر هل لك الى الثلثين فدعاهما الى الصلح وفي الصلح قطع المنازعة لما في امتدادها من الفساد .

وذكر عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يحدث بينهم الضغائن فالفصل بطريق الصلح يكون اقرب الى بقاء المودة والتحرز عن النفرة بين المسلمين اه ( مبسوط ) لكن الارشاد الى الصلح بادي بدأ في الخصومة بين الاقارب كالاخوة وابناء العم او عند ظهور رغبة الطرفين انما يكون قبل ان يستبين وجه القضاء فاما بعد ما استبان له المحق من المبطل فلا يفعله الا برضى الخصمين ولا يفعله الا مرة او مرتين لما في الاطالة من الاضرار الى من ثبت الاستحقاق له في تاخير حقه .

## فان وافقا

ولا بد من الموافقة لان الصلح يتوقف على رضاها ولا يكرهان

عليـه .

[ صالحها على وفق المسـائل المندرجـة في كتاب الصـلح .

مثلا زوجة صالحت الورثة على شيء مما تستحقه من الثمن فان كان بعض تركة الزوج دينا على الناس فصالحوهـا عن الكل فهو باطل لا يمضيه القاضي لانها تصير مملكة نصيبهـا من الدين من سائر الورثة بما تاخذه منهم من العين - وتمليك الدين من غير من عليـه الدين بعوض لا يجوز فاذا فسد العقد في حصة الدين فسد في الكل - وكذا لو كان بدل الصلح خمرا او خنزيراً او كان المصالح عنه عشرين دينارا مثلا والمصالح عليه ثلاثين لان الفضل ربا او كان المصالح عليه ارضاً اميرية فرغها المدعى عليه للمدعي بدون اذن من صاحب الارض [ والا ] اي وان لم يوافقا فلا يفعله اصلا لا مرة ولا مرتين بل

## اتم المحاكمة

فيحكم لمن قامت له الحجة ولا يلح عليهم بالصلح فان قلت ان ائمتنا اختلفوا في ضمان الاجير المشترك اذا هلك المتاع عنده بسبب يمكن التحرز عنه على اربعة اقوال كما في رد المحتار وغيره فعند الامام الاعظم لا يضمن مطلقا سواء كان مصلحـا او غير مصلح لانه امانة في يده وعندهما يضمن مطلقا صيانة لاموال الناس لانه اذا علم انه لا يضمن ربما يدعي انه سرق او ضاع وقوله قياس وقولهما استحسان وافتى المتاخرون بالصلح على نصف القيمة مطلقا مصلحا او غير مصلح وقيل ان مصلحا

لا يضمن اخذا بقول الامام – وان غير مصلح ضمن اخذا بقولها – وان مستوراً فالصلح اخذا بقول المتاخرين . وكلها اقوال مصححة مفتى بها وما احسن القول الاخير بالتفصيل فعلى القول الثالث يكون الصلح جبريا وقد علمت من قول المجلة ( فان وافقا ) انه لا جبر في الصلح .

قلنا معناه انه يعمل في كل نصف بقول حيث اوجبوا ضمان النصف عملاً بقول الامام الاعظم وحطوا النصف عملاً بقول الصاحبين فالصلح على القول الثالث مجاز عن الحط وليس صلحا حقيقيا فالجبر على الصلح كما في الدر المختار عن تنوير البصائر بمنزلة الجبر على بقاء الاجارة اذا تمت مدتها في وسط البحر فكما ان الاجارة يجري فيهـا الجبر باعتبار البقاء يجري الصلح هنا جبرا باعتبار البقاء فلا وجه لما اورده الفاضل علي حيدر افندي لما علمت ان الحكم بضمان النصف صلح مجازي – يدلك على هذا قولهم وافتى المتاخرون بالصلح على نصف القيمة لانهم انما افتوا لتكون فتواهم قاضيـة على ارادة الطرفين واختيارهما والا فتراضى الطرفين على نصف القيمة صحيح لا يمنعـه قول من الاقوال ولا يحتاج الى افتـاء المتـاخرين .

المادة ١٨٢٧ – بعد ما اتم الحاكم المحاكمة يحكم بمقتضاها ويفهم الطرفين ذلك وينظم اعلاما حاويا للحكم والتنبيه مع الاسباب الموجبـة له ويعطيـه للمحكوم له ولدى الايجـاب يعطى نسخـة اخرى للمحكوم عليه ايضـاً .

[ بعد ما اتم الحاكم المحاكمة يحكم بمقتضاها ]

وجوبا لما في الحموي عن جامع الفصولين عند قول الاشباه للقاضي تاخير الحكم بعد وجود شرائطه : اعلم انه يجب على القاضي الحكم بمقتضى الدعوى عند قيام البينة على سبيل الفور فلو آخر اثم لتركه الواجب واستثنى ثلاث مسائل

الاولى رجاء الصلح بين الاقارب وفي رد المحتار عن ( ط ) وكذا الاجانب لان القضاء يورث الضغينة فيحترز عنه مهما امكن وفي البيرى عن خزانة الاكمل اذا طمع القاضي في ارضاء الخصمين لا بأس بردهم ولا ينفذ القضاء بينهما لعلهما يصطلحان ولا يردها اكثر من مرتين وان لم يطمع انفذ القضاء ا

الثانية اذا استمهل المدعي يعني ان المدعي اذا استمهل من القاضي حتى يحضر بينة فانه يمهله وكذا اذا اقام البينة ثم المدعى عليه استمهل من القاضي حتى ياتي بالدفع فانه يجيبه ولا يعجل الحكم اه . وهذا بعد ان يسئله عن الدفع وكان صحيحاً فلو فاسدا لا يمهله ولا يلتفت اليه كما في قاضيخان ( بيرى ) وزاد البيرى عن الخلاصة مسئلة اخرى يؤخر فيها اذا لم يعتمد على فتوى اهل مصره فبعث الفتوى الى مصر آخر لا ياثم بتاخير القضاء

الثالثة اذا كان له ريبة في الشهود ومنها ثلاثة شهدوا عنده ثم قال احدهم قبل القضاء استغفر الله كذبت في شهادتي فسمعه القاضي بلا تعيين شخصه فسئلهم فقالوا كلنا على شهادتنا فانه لا يقضى بشهادتهم ويخرجهم من عنده حتى ينظر في ذلك ( بيرى )

يقول الفقير وطريق الحكم بعد هذه الريبة ان يحضر اثنان منهم امام القاضي ويقولا شهدنا ولم نزل على شهادتنا فيزكيها ويحكم بشهادتها لانصراف ريبته الى الثالث دونها

ويفهم الطرفين ذلك

الحكم بلسان لين قال في الفتح وفي المبسوط ما حاصله : انه ينبغي للقاضي ان يعتذر للمقضى عليه ويبين له وجه قضائه وانه فهم حجته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك ادفع اشكاايته للناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو برئ. واذا امكن اقامة الحق مع عدم ايغار الصدور كان اولى . وتمام الحكم بتفهيمه للمتداعيين واما تنظيم الاعلام فليس من تمامه فيصح شرعاً ان ياخذ المحكوم به من يد المحكوم عليه وتسليمه للمحكوم له قبل تنظيم الاعلام لكن في زماننا لا تنفيذ قبل تحرير الاعلام وانفاذه يكون بمعرفة الاجرا - ويلزم ان يكون الحكم باتاً خاليا من الترديد - نحو ان يقول ان كان الامر كذا فحكمي كذا وان كان كذا فحكمي كذا لان الترديد في الحكم يدل على نقص في المحاكمة من جهة ان المدعي لو اوضح دعواه بصورة قطعية ما صدر الحكم مرددا - فعلى هذا لو ادعى احد مثلا على آخر انه غصب منه مال كذا وطلب رد عينه ان كان قائما وقيمته ان هالكا فحكم الحاكم على هذا الوجه، لا يصح بل على المدعي ان يقطع في دعواه بان المغصوب قائم ليجبر الغاصب على احضاره ليشار اليه في الدعوى او يرسل القاضي امينا ليشير اليه المدعي امامه في الدعوى ويمينه فحينئذ يحكم برد عينها او يدعي انها هالكة على وجه القطع ليحكم له بقيمتها .

## [ وينظم اعلاما حاوياً للحكم والتنبيه مع الاسباب الموجبة له ]

البينه او الاقرار او اليمين او النكول عنه او القرينة القاطعة

[ ويعطيه للمحكوم له ولدى الايجاب يعطي نسخة اخرى للمحكوم عليه ايضا ]

وعليه عمل سائر المحاكم في زماننا اما اعطـاؤه للمحكوم له ففيه فائدتـــان ٠

الاولى ان لا يكون معروضا للنسيان بمرور الازمان .

الثانية ابرازه عند اللزوم لدائرة الاجراء لاجل تنفيذه وربما بعـــد الحكم يتغيب المحكوم عليه الى قضاء آخر او يكون في قضاء آخر وله وكيل في بلدة المحكوم له قد حكم عليه فتمس الحاجة الى تنفيذ الاعلام بواسطة قاضي البلدة التي هو فيها فيحتاج الى ابراز الاعلام — كذلك يعطى نسخة اخرى للمحكوم عليه لعله يعرضه على العلماء فاذا راوه موافقا للحكم الشرعي واصول المحاكمات ينتزع من نفسه ســـوء الظن بالقاضي ان كان يعتقد انه حكم عليه جورا

وفي الدر عن جواهر الفتاوى طلب المقضى عليه نسخة السجل من المقضى له ليعرضه على العلماء اهو صحيح ام لا فامتنع الزمه القاضي بذلك ثم ان الحكم ان كان بسبب الاقرار فربما ظن القاضي ان ما تلفظ به المدعى عليه اقرار وهو لا يعـــد اقرارا — وان كان بسبب البينة يذكر اسماء الشهود واوصافهم والفاظ شهادتهم ليتبين عند الاستئناف او التمييز مطابقتها للدعوى اولا فربما يظن القاضي مطابقتها والامر بخلافه ويشرح كيفية تزكيتهم سراً وعلنا ويبين انه صار تزكيتهم علنا بحضور الطرفين والشهود وان كان الحكم بسبب اوراق وسندات يلزم درج عينها في الاعلام وبيان تاريخها الا العبارات التي لا علاقة لها في الدعوى فلا يلزم درجها وان كان الحكم بسبب اليمين او النكول عنه يلزم بيان كيفية اليمين هل هي على البتات ام عـــدم العلم فربما تكون اليمين على غير

اصولها فلا يكون نكول المدعى عليه حينئذ موجبا للحكم ثم على الحاكم قبل تنظيم الاعلام ان يدقق النظر في ضبط المحاكمة حتى لا يكتب في الاعلام شيئا يغايره فينظر في دعوى المدعي ومستنداته ومآل الاوراق التي ابرزها ان كان وفي تاريخها وسائر الاسباب الثبوتية وينظر في كلام المدعى عليه من انكار او دفع فيمعن نظره في ادلة دفعه واذا وجد في مدعياته تكراراً يطويه لعدم الفائدة في ذكره ولتسهل مطالعته في الاستئناف او التمييز - واذا كانت افادته متفرقة في ضبط الدعوى يجمعها في كلام واحد ويحذف المكرر ، وما لا علاقة له في الدعوى ويذكر في الاعلام الزام المدعى عليه في الاقرار والتنبيه عليه في الشهادة فيقول في الاقرار الزمت المدعى عليه باداء كذا وفي الانكار مع الثبوت نبهت عليه باداء مبلغ كذا للمدعي كما مر في المادة ١٨١٤ وقدمنا في شرح المادة ( ١٧٨٦ )

ان القاضي اذ قضى بشهادة الزور حيث كان المحل قابلا والقاضي غير عالم بزورهم ينفذ ظاهرا وباطنا في العقود والفسوخ لا في الاملاك المرسلة وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما وفي الدر المختار الفتوى على قولهما وقوى في المبسوط قوله وفي الفتح من النكاح هو الوجه .

المادة ١٨٢٨ - لا يجوز للحاكم تأخير الحكم اذا حضرت اسباب الحكم وشروطه بتمامها .

اي يأثم بالتاخير الا في المواضع المتقدمة في شرح المادة قبلها حتى لو اخر الحكم خوفا من المدعى عليه او الح على المدعي حتى امله من الانتظار فصالح عن كراهية يأثم وفي معين الحكام قال بعضهم انما يجوز للقاضي ان يأمر بالصلح اذا تقاربت الحجتان بين الخصمين غير ان احدهما

يكون الحق بجحده من الآخر او تكون الدعوى في امور درست وتقادمت وتشابهت واما اذا تبين للقاضي الظالم من المظلوم لم يسعه من الله الا فصل القضاء . وللحكم اسباب مرت في المواد ( ١٧٤٠ ) و ( ١٧٤١ ) و ( ١٧٤٢ ) وشروط ستاتي في المادتين بعدها .

# الباب الثاني

## — في الحكم ويشتمل على فصلين —

---

## الفصل الاول

### — في بيان شروط الحكم —

المادة ١٨٢٩ — يشترط في الحكم سبق الدعوى وهو انه يشترط في حكم الحاكم بخصوص متعلق بحقوق الناس ادعاء احد على الآخر بذلك الخصوص في اول الامر ولا يصح الحكم الواقع من دون سبق دعوى .

تقدم في شرح المواد ١٧٨٧ و ١٧٨٨ و ١٧٨٩ بيان اركان القضاء . وهي مجموعة في

بيت ( حكم ومحكوم بـه وله ومحكوم عليـه وحاكم وطريق ) وذكر هنا شرطه وهو سبق الدعوى فيما يتعلق بحقوق العباد ، وان تكون على خصم حاضر .

اما الاول فقد افادته هذه المادة فالحكم بدون سبق دعوى باطل وهي الدعوى الصحيحة كما سبق في كتاب الدعوى - فلا بد للقضاء من وجود مدع مطالب بحق فان القاضي لا يعرف حقوق العباد ولا يجبرهم على استيفائها بخلاف حقوقه تعالى فالدعوى فيها ليست بشرط فانه سبحانه لما امرنا باقامتها كان طالباً لها فيجب على كل احد القيـام باثباتها والشاهد من جملة من عليه فكان قائما بالخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهدا من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيهـا الى خصم آخر اه بتلخيص من الزيلعي والشلبي - وحقوقه تعالى نحو طلاق الزوجة وتعليق طلاقها وحرية الامة وتدبيرها والخلع وهلال رمضان والرضاع وحد الزنى وحد الشرب والايلاء والظهار وحرمـة المصاهره ودعوى المولى نسب عبده اي تقبل الشـهادة على دعوى المولى نسب عبده من غير دعوى كذا في رد المحتـار .

واما الثاني وهو ان تكون الدعوى على خصم حاضر فهو مفاد المادة الآتية وسياتي الكلام عليهـا ثم ان المراد بالدعوى التي هي شرط صحة القضاء الدعوى التي هي في الظاهر وفي نفس الامر فهذه يصح فيهـا حكم القاضي - واذا كانت بحسب الظاهر ولا خصومة في نفس الامر فلا يسمعها القاضي ولا يصح حكمه فيها لانها وسيلة واحتيال ولهـا صور كثيرة : نحو رجل في يده عين لغائب اراد ان يثبت ان الغائب رهنها عنده فتواطأ مع احد ان يدعي عليه بانها ملكه فاذا اقـام الدعوى عليه صورة واثبت هو ان فلانا الغائب رهنها عنده فان كان القاضي لا يعلم وحكم بمنع المدعي نفذ حكمـه حتى اذا حضر الغائب وانكر ذلك لا يحتاج الى اعادة البينة في اثبات الرهن وان كان عالما لا يسمع الدعوى ولا يحكم فيها .

قال في الفصل الخامس من الفصولين لو علم القاضي ان المحضر ليس بخصم لا يسمع الخصومة ومثله في البحر والاشباه - وعن هذا كل مدعى به لا يجوز اثباته قصدا الا ان يكون ضمن دعوى يشترط ان يكون الخصم فيهـا خصما في نفس الامر لا صورة مثاله مـا في الفصولين من الخامس كما في قضـاء البحر اراد وكيل البيع اثبات وكالة بحيث لو انكر موكله لا يسمع انكاره فله وجهـان احدهما ان يسلم الوكيـل العين الى رجل ثم يدعي انه وكيل بقبضه وبيعه فسلمه الي فيقول ذو اليد لا اعلم وكالته فيبرهن فيامر القاضي بتسليمه اليه فيبيعـه .

والثاني ان يقول هو لفلان فابيعه منك فاذا باعه وقبض ثمنه يقول المشتري لا اقبض المبيع لاني اخاف ان ينكر المالك وكالتك وربمـا يهلك المبيع في يدى او ينقص فيضمنني فيبرهن الوكيـل انه وكيله بذلك ويجبره على القبض ويثبت بالبينة ولاية الجبر على القبض - وهنا وجـه آخر وهو إن يبيع فيقول اني فضولي فلا اسلم المبيع فيبرهن المشتري انه وكيل فلان بالبيع فهو خصم فيثبت انه وكيل بالبيع - ففي اضراب هذه المسائل يسمع القاضي الدعوى وينفذ حكمه اذا لم يعلم ان المدعى عليه ليس مطالباً في نفس الامر - والا بان علم بانه جعل خصما صورة للتوصل لغرض آخر فلا .

واعلم ان القضاء المشروط فيه سبق الدعوى هو القضاء القولي الصريح لا الضمنى ولا الفعلى وانما يحتاجها القصدى ويدخل الضمنى تبعا ففي رد المحتار عن الاشباه اذا شهدا على خصم وذكر اسمه واسم ابيه وجده وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمنا وان لم يكن في حادثة النسب اي اذا كان المشهود عليه غير مشار اليه فلو مشاراً اليه لا يثبت نسبه مثلا ادعى ان له على احمد بن محمد بن احمد كذا فشهدا ان هذا احمد بن محمد بن احمد ، عليه لهذا المدعي يثبت المال لا النسب - ولو ادعى ان له على فلان دينا وانه مات وانت ابنه واسم ابيك كذا واسم جدك

كذا يثبت المال والنسب والفرق بينهما ان الاشارة في الاول تغني عن ثبوت نسبه اذا الحق يثبت وان لم يثبت نسبه واما الثاني فلا يثبت حقه الا بثبوت نسبه هكذا فرق بينهما في الفصولين فلا يعترض باحد الفرعين على الآخر — وعلى هذا لو شهدا بان فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فلانا في كذا على خصم منكر وقضى بتوكيلها كان قضاء بالزوجية بينهما وهي حادثة الفتوى ( اشباه )

ولا ينافي هذا ما ذكره في الاشباه بعد ورقة من هذا تقبل الشهادة بلا دعوي في هلال رمضان فلا حاجة الى ما هنا لان المراد بقبولها من دون الدعوى مجرد الثبوت لا الحكم — واصل القضاء الضمني ما ذكره اصحاب المتون من انه لو ادعى كفالة على رجل بمال باذنه فاقر بها وانكر الدين فبرهن على الكفيل بالدين وقضى عليه بها كان قضاء عليه قصداً وعلى الاصيل الغائب ضمنا — ومثله القضاء الفعلى فهو من القاضي حكم يصح ولا يتوقف على سبق الدعوى ولهذا ليس له ان يزوج اليتيمة التي لاولي لها من نفسه ولا ابنه ولا من لا تقبل شهادته له لان فعله حكم ولا يجوز حكمه لنفسه ، ومن لا تجوز شهادته له ولهذا لو رفع فعله الى قاض لا يرى صلاحيته لتزويج الصغيرة لا ينقضه لكن لو ان ولى الصغيرة اذن للقاضي في تزويجها كان فعله هذا وكالة لا حكما ·

المادة ١٨٣٠ — يشترط حضور الطرفين حين الحكم

يعني يلزم حضور الطرفين وقت الحكم في مجلسه بعد المحاكمة والمواجهة ولكن لو ادعى احد على الآخر خصوصا واقر به المدعى عليه ثم قبل الحكم لو غاب عن مجلس الحكم فللحاكم ان يحكم في غيابه بناء على اقراره كذلك لو انكر المدعى عليه دعوى المدعي واقام المدعي البينة فاذا

غاب المدعى عليه من مجلس الحكم قبل التزكية والحكم فللحاكم ان يزكي البينة ويحكم بها .

[ يشترط حضور الطرفين حين الحكم يعني يلزم حضور الطرفين وقت الحكم في مجلسه بعد المحاكمة والمواجهة ولكن لو ادعى احد على الآخر خصوصاً واقر به المدعى عليه ثم قبل الحكم لو غاب عن مجاس الحكم فللحاكم ان يحكم في غيابه بناء على اقراره ]

تقدم في المادة قبلها ان القضاء في حقوق العباد يشترط له سبق الدعوى وذكر في هذه المادة شرطا آخر وهو حضور الخصم فلا يصح القضاء على خصم ليس بحاضر فوجود خصم في الدعوى وكونه حاضراً وقت الحكم بعد المحاكمة والمواجهة شرط فلا تسمع الدعوى على من ليس بخصم اصلا ولا على خصم ليس بحاضر فلو قضى على حاضر ليس بخصم او على خصم ليس بحاضر ، لا يصح - فخرج بالاول ما لو قضى على راهن في غيبة مرتهن وعكسه وكذا في المؤجر مع المستاجر والمعير مع المستعير - وخرج بالثاني من تسمع الدعوى عليه بانفراده وكان غائبا فلا يجوز الحكم على غائب ولا له لكن سياتي في الفقرة الاستدراكية مسئلتان لا يشترط فيها وجود المدعى عليه حين الحكم

الاولى لو اقر المدعى عليه للمدعي ثم قبل الحكم تغيب الخ وهذه اتفاقية وقد سبق غير مرة ان الاقرار بنفسه حجة لا تتوقف حجيته على الحكم فالقاضي في الزامه بمنزلة المعين للمدعي في تحصيل حقه ( بحر ) وهذا اذا اقر عند القاضي اما عند غيره ثم انكر فشهدوا على اقراره عند القاضي وغاب فهو كالبينة ( انقروية ) وسواء كان الاقرار بعين او دين ففي الاول يؤمر المقر بتسليم العين ان كانت في يده

للمقـر لـه .

وفي الثاني يسلم اليه جنس حقه اذا وجد في يد من يكون مقرا بانه مال الغائب المقر ولا يبيع في ذلك العرض والعقار لان البيع قضاء على الغائب فلا يجوز ولو ان المدعي ابرا المدعى عليه عند القـاضي او برهن عليه المدعى عليه بحضرة المدعي فغاب المدعي فطلب المدعى عليه من القاضي كتابا بالبراءة كما سمع فانه يجيبـه ويكتب ( انقروية عن الفصولين ) — فالحكم عليه في غيابـه بعد الاقرار او الابراء صحيح وجاهي فلو حضر بعد الحكم واعترض بانه كاذب في اقراره لا يلتفت اليه نعم قبل الحكم يسمع منه كما في المادة ١٥٨٩ ولو ادعى انـه اداه بعد الاقرار يسمع ولا طريق له غير هذا بعد الحكم بالاقرار . ولو ادعى ان الاقرار او الابراء كان بطريق المواضعة هل يسمع هـذا الدفع — الذي يظهر سماعـه والقول قول المدعي لتمسكه بالظـاهر والبينة بينـة المدعى عليه لتمسكه بخلاف الظاهر هكذا يستفاد من شرح المنـار لابن ملك في بحث العوارض المكتسبـة المسئلة الثانيـة كما قال .

[ كذلك لو انكر المدعى عليـه دعوى المدعي واقام المدعي البينة فاذا غاب المدعى عليه من مجلس الحكم قبل التزكية والحكم فللحاكم ان يزكي البينة ويحكم بها ]

وهذا الحكم وجاهي وهو رواية عن ابي يوسف وهو الارفق وعليه مشت المجلة خلافا للامامين ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فوجب العمل بها راجع المادة ١٨٠١

وفي هذه المسئلة للمحكوم عليه بعد تبليغه الحكم حق الاعتراض على الشـهود ، او دفع الدعوى ان كان له دفع ثم الحاضر يعم الحاضر

بنفسه او من يقوم مقامه وذلك انواع . منها الوكيل فاذا غاب الموكل بعد ما اقيمت عليه البينة ثم حضر الوكيل او غاب الوكيل بعد ما اقيمت عليه البينة ثم حضر الموكل يقضى عليه بتلك البينة سواء كان وكيلا في الخصومة والدعوى او وكيلا للقضاء كما اذا اقيمت البينة عليه فوكل ليقضى عليه ثم غاب ليحضر القضاء ( بحر )

ومنها لو قامت البينة على المورث فمات وحضر وارثه او قامت البينة على وارث فغاب وحضر وارث آخر يقضي على الذي حضر بتلك البينة ومنها الوصي سواء كان وصي الميت فهو نائب عن الميت بانابته او وصي القاضي فبأنابة الشرع يحكم عليه بالبينة التي اقيمت على الميت قبل موته وفي حكمه ولي الصغير ووصي الوصي — وفي ذلك كله يبين ان الحكم على الموكل والميت والصغير لا الوكيل والوصي والولي — ومنها متولي الوقف لو كان متعددا ينتصب احدهم خصما وينوب مناب الآخر فلو غاب احدهم بعد اقامة البينة عليه يحكم بها على غيره اذا حضر لما في رد المحتار عن التتارخانية وقف ارضه على قرابته فادعى رجل انه منهم والواقف حي فهو خصمه والا فالقيم ولو متعددا — وان ادعى على واحد جاز ولا يشترط اجتماعهم ولا يكون خصما وارث الميت ولا احد ارباب الوقف .

ومنها احد المستحقين ينتصب خصما عن الكل اي فيحكم على من حضر بالبينة التي اقيمت على من غاب لما في رد المحتار عن المحيط والقنية : وقف بين اخوين مات احدهما وبقي في يد الحي واولاد الميت فبرهن الحي على احدهم ان الوقف بطنا بعد بطن والباقي غيب والواقف واحد يقبل وينتصب خصما عن الباقين ولو برهن الاولاد ان الوقف مطلق علينا وعليك فبينة الاول اولى — والدعاوي المقامة على نظار الاوقاف ان كانت تتعلق بالواقف نحو كونه وقف المحل الفلاني وهو لا يملكه او كونه ارضا اميرية وقفها بدون اذن سلطاني فالحكم فيها على الواقف — وان تعلقت بالوقف كدين اتفق على تعميراته فعلى

نفس الوقف ( رد المحتار )

ومنها ان الدين سواء كان المتعدد على مديون واحد او الواحد على مديونين متعددين ينوب الحاضر عن الغائب في الدعوى على قول ابي يوسف ومحمد فالاول وهي مسئلة الاشتراك في الدين من جهة قرض او ثمن مبيع مثلاً نحو ان يدعي زيد على آخر بان لي ولزيد الغائب في ذمتك عشرة دنانير مشتركة واثبت ذلك بالبينة يحكم بالعشرة غير انه يدفع للمدعي خمسة ثم فقط اذا حضر شريكه الغائب وصدقه يجري العمل على احكام المادة ١١٠١ و ١١٠٥ .

واما على قول الامام الاعظم فاحد الشركاء في الدين بسبب غير الارث لا ينتصب خصماً في حصة غيره فيحكم للحاضر بحصته فقط واذا حضر الغائب فلا بد من اعادة البينة ثم يجري العمل ايضاً طبق احكام المادتين المذكورتين وقولهما استحسان .

والثاني عكس الاول وهو ما كان الدين لواحد على متعدد كما لو كان لشخص مائة درهم دينا على زيد وعمرو فاثبتها على زيد بغياب عمرو ، يحكم على زيد بخمسين فقط ولا يتعداه ثم اذا حضر عمرو يعيد البينة عليه في قول الامام ابي حنيفة كما هو الحكم في شركة العين بسبب غير الارث نحو ان يدعي رجل اني وفلانا الغائب اشترينا هذه الدار من هذا الرجل بالف درهم ونقدنا له الثمن واقام البينة على ذلك يقضى للحاضر بنصف الدار فاذا قدم الغائب كلف اعادة البينة ( هندية ) .

## مسئلة

اذا كان مال الميت في يد اجنبي كما لو وهب انسان جميع ماله في مرض موته لاجنبي او اوصى به له فادعى بواجهته بان هذه العين له او ان له على الميت كذا من الدين هل يصلح الاجنبي خصما نائباً عن

الميت ام لا بد من حضور وارث او وصي .

قال بعض المشايخ تسمع لان المدعى به ان كان عينا فهو في يده والدعوى على صاحب اليد - وان دينا فالدين يتعلق في التركة وهي في يده وقال بعضهم لا بد من حضور وارث او وصي - واما دائن الميت او مديونـــه او الموصى له اذا ادعى قوم على الميت ديونا وارادوا ان يثبتوها بوجه احـــد اولئك فلا يصح بل لا بد من حضور وارث او وصي اه ملخصا من الدر وحواشيه

واعلم ان الشريكين في الدين انما يكون ما قبضه احدهما مشتركا اذا لم يختلفا في سببه حين الدعوى لما في الانقروية من التاتارخانية قبيل نوع في دعوى الدين في التركة : رجل مات وترك ابنين فادعى احدهما ان لابيهما على هذا الرجل الف درهم من ثمن مبيع وادعى الآخر انـــه كان من ثمن قرض واقام كل واحد منهما البينة على ما ادعى ، فانه يقضي لكل واحد منهما بخمســـماية ليس لاحدهما ان يشارك صاحبه فيما قبض فتفطن - ثم لما كان الخصم الحاضر شرطا لصحة القضاء عندنا وقد وجدت مسائل عديدة فيها الحكم على الغـــائب احتيج الى بيان رابط يرفع الاشـــكال في بعض المواضع - وهو كل موضع يكون ما يدعي به على الغائب سببا لا محالة لما يدعي به على الحاضر غير منفك عنه لا انه قد يكون سببا وقد لا يكون ، يصح الحكم فيه على الغائب لانه في الصورة الاولى يكون الحاضر قائما مقام الغائب حكما فيقضى عليهما حتى لو حضر الغائب وانكر لا يلتفت الى انكاره - فيشمل ما لو كان المدعي شيئا واحدا وكان ما يدعي على الغائب سببا لما يدعي على الحاضر لامحالة وما لو كان المدعي شيئين مختلفين وما يدعي على الغائب سبب لما يدعي على الحاضر بكل حال ( بحر ) يعني كما في الفتح ما يكون المقضى به شيئا واحـــدا او شيئين ولنورد لكل نوع ثلاث مسائل مذكورة في البحر والفتح .

المسئلة الاولى للنوع الاول ادعى داراً في يد رجل انها ملكـــه

وانكر ذو اليد فاقام البينة انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فانه يقضي بها في حق الحاضر والغائب ، لان الشراء سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لا محالة لملكه والمدعي عليهما شيء واحد وهو الملكية

الثانية ادعى على آخر انه كفل عن فلان الغائب بما يذوب عليه فاقر المدعى عليه بالكفالة وانكر الذوب فاقام المدعي البينة انه ذاب له على فلان الف يقضى بها على الكفيل والغائب حتى لو حضر وانكر لا يلتفت الى انكاره والمدعي واحد وهو المال .

الثالثة ادعى شفعة في دار في يد انسان فقال ذو اليد الدار داري ما اشتريتها من احد فاقام المدعى البينة ان ذا اليد اشتراها من فلان الغائب بالف وهو يملكها وانا شفيعها يقضى بالشراء في حق ذي اليد والغائب والمدعي واحد وهو الشراء

ومثال المسائل الثلاث للنوع الثاني احداها قذف محصنا فادعى عليه الحد فقال القاذف انا عبد وعلي حد العبيد وقال المدعي المقذوف بل اعتقك مولاك فعليك حد الاحرار والمولى غائب فاقام البينة على ذلك تقبل هذه البينة ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وانكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالعتق سبب لكمال الحد وهو المدعي على الحاضر فهما شيئان العتق وكمال الحد

الثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فاقام المشهود له البينة ان مولاهما اعتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل البينة ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغائب لان العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة والمدعي شيئان العتق وقبول الشهادة .

الثالثة رجل قتل رجلا عمدا وله وليان غاب احدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفي عن نصيبه وانقلب نصيبي مالا وانكر القاتل فاقام المدعي البينة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا والمدعي شيئان المال والعفو .

قيد بان يكون سببا لا محالة ، للاحتراز عما قد يكون سببا وقد لا تكون ، وعما يكون سببا باعتبار البقاء . فانه لا يكون قضاء على الغائب وبيان الاول في مسئلتين . احداهما قال لعبد رجل مولاك وكلني بحملك اليه فاقام العبد البينة ان مولاه اعتقه ، تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغـائب حتى لو حضر الغائب وانكر العتق يحتاج العبد الى اعادة البينة به .

الثانيه رجل قال لامراة غائب وكلني زوجك بحملك اليه فاقامت بينة انه طلقها ثلاثا يقضي بقصر يد الوكيل عنها دون الطلاق فلو حضر وانكر الطلاق يحتاج الى عدالتها ، او بينة اخرى فالمدعى هنا شـيئان العتق وقصر اليد في الاول والطلاق وقصر اليد في الثاني لان العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بان لا يكون هناك وكالة وقد يتحقق موجبا للانعزال بان وجد بعد الوكالة - فليس انعزال الوكيل حكما اصليا للطلاق والعتاق فمن حيث انه ليس سببـا لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغائب ومن حيث انه قد يكون سبباً ، قبلنا البينـة فيما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الوكالة لانه ليس من ضرورة انعزال الوكيل ، تحقق الطلاق والعتاق ولا من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل فلا يقضى بالطـلاق والعتـاق .

وبيان الثاني اعني ما يكون سببا باعتبار البقاء في مسائل احداها قالوا فيمن اشترى جارية فادعى المشتري على البائع انه كان زوجها من فلان الغائب ولم يعلم المشتري ويريد ان يردها بهذا العيب وانكر البائع فاقام المشتري على ذلك بينة فانه لا يقضى بها لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى شيئان الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والنكاح المدعى به على الغائب ليس سببا لما يدعي به على الحاضر الا باعتبار البقاء لجواز ان يكون زوجها ثم طلقها فان اقام البينة على البقاء بان شهدوا انها امراته للحـال لا تقبل ايضـا لان البقاء تبع

للابتـــداء :

الثانية المشترى شراء فاسدا اذا اراد البائع الاسترداد فاقام البينة انه باع من فلان الغائب ، لا تقبل لابطال حق الاسترداد لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب ، لان نفس البيع ليس سببا لبطلان حق البائع في الاسترداد واذا لم يكن خصما في اثبات نفس البيع لم يكن خصما في اثبات البقاء ، لان البقاء تبع للابتداء .

الثالثة رجل في يده دار بيعت بجنبها دار فاراد ذو اليد ان ياخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي بيدك ليست لك انما هي لفلان فاقام الشفيع البينة انها داره اشتراها من فلان الغائب ، لا يقضى بالشراء لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب ، لان المدعى شيئان والمدعي على الغائب من شراء الدار ليس سببا لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لانه لو فسخ بعد الشراء وازالها عن ملكه بسبب من الاسبـــاب لا يكون له شفعة وانما تكون الشفعـــة باعتبار البقاء ولا بينة عليـــه ولو اقام على البقاء لم تقبل ايضـــا لما ذكرنا — وقيـــد بالسبب احترازا عن الشـــرط .

وخلاصة القول فيه كما في الفتح والبحر وتعليقاته ان ما يدعي على الغائب اذا كان شرطا لما يدعي على الحاضر ينظر في ذلك الشرط ان كان مما يتضرر به الغائب كما لو قال ان طلق فلان امرانه فانت طالق فادعت انه طلق امراته واقامت البينة على ذلك ، لا يقبلها ولا يقضي بشيء والا قبلها ويقضي بالطلاق نحو ان دخل فلان الدار فانت طالق واقامت البينة على ذلك .

وفي البحر عن الفصولين قيد بكون السبب ما يدعي على الغائب لانه لو كان على عكســه بان كان ما يدعي على الحاضر سببا لما يدعي على الغائب فانه لا يقضي على الغائب — كما اذا كان الحاضر هو الاصيل والكفيل غائب لجواز ان يكون المال على الاصـيل لا الكفيل كما قبل الكفالة بخلاف عكســه لا يجوز ان يكون المال على الكفيل

دون الاصـيل .

المادة ١٨٣١ – للحاكم ان يحكم على المدعى عليه بالبينة التي اقيمت في مواجهة وكيله اذا حضر في مجلس الحكم بنفسه وبالعكس يعني للحاكم ان يحكم على وكيل المدعي بالبينة التي اقيمت في حضوره اذا حضر الوكيل مجلس الحكم .

لان الوكيل كالاصيل فلا يحتاج الى اعادة البينة وكـذا عكسه راجع المادة ١٨٣٠ وفي الخامس من الفصولين ولو غاب الموكل بعد ما برهن عليه ثم حضر وكيله او غاب الوكيل بعد ما برهن عليه ثم حضر موكله ، يحكم عليه بتلك البينة – وكذا يحكم على الوارث ببينة قامت على مورثه ولو كان الوارث غائبا غيـبة منقطعة ينصب القاضي وكيلا بطلب الخصم ويحكم عليه بتلك البينة – وكذا لو برهن على احد الورثة فغاب يحكم بها على الوارث الآخر وكذا لو برهن على نائب الصبي فبلغ يحكم على الصبي بتلك البينة وعلى هذا كل من اقامه الشرع مقـام الخصم الغائب .

وفي الانقروية ولو نصب القاضي قيما في مال الغائب غيبة منقطعة هل له الخصومة في ديونه قيل نعم وقيل لا . وفي هامشها عن المحيط البرهاني استحسن في المفقود خاصـة ان يجعل ابنه وكيلا في طلب حقوقه لان المفقود كالميت في بعض الاحكام وللقاضي ولاية نصب القيم في مثـله – بخلاف الغائب ومن توجه عليه الحكم فاختفى لا يحكم عليه عند ابي حنيفة وقال محمد ينادي على بابه ثلاثة ايام فان خرج والا حكم عليه وهذا ارفق بالناس وعليه المجلة – وجزء البينة كالبينة فلو اقيم شـاهد بمواجهة الموكل تسمع شهادة الآخر بمواجهة الوكيل وبالعكس وهكذا في البقيـة .

المادة ١٨٣٢ — للحاكم ان يحكم بالبينة التي اقيمت في مواجهة احد الورثة اذا غاب عن مجلس الحكم على الوارث الآخر الذي احضر في الدعوى التي تعوجه خصومتها الى جميع الورثة ولا حاجة الى اعادة البينة .

[ للحاكم ان يحكم بالبينة التي اقيمت في مواجهة احد الورثة اذا غاب عن مجلس الحكم على الوارث الآخر الذي احضر في الدعوى ]

الظرف متعلق بيحكم لكن لا اي دعوى كانت بل .

[ التي تتوجه خصومتها الى جميع الورثة ]

كدعوى في دين على الميت او له وان لم يكن في يده شيء من التركة وفي عين ان كان في يده شيء منها او دعوى احد بالارث على الورثة لان الدعوى قائمة على الميت فكل من الورثة ينوب عنه لان كلامنهم قائم مقام المورث بخلاف الدعاوي القائمة بالاشتراك في غير الارث لا ينتصب احد الشركاء خصما عن الآخر انظر المادة ١٦٤٣ — لكن في الدين المشترك بين اثنين عندهما ينتصب احد الشريكين خصما عن الآخر خلافاً للامام ابي حنيفة كما مر في شرح المادة ١٨٣٠ وانظر هناك ما اوردناه من مسائل ينتصب فيها الحاضر خصما عن الغائب فيحكم على الحاضر بالبينة التي سمعت على الغائب .

# الفصل الثانى

## في بيان الحكم الغيابي

اعلم اولا ان القضاء على الغائب وله لا يجوز عندنا - الا اذا حضر من يقوم مقامه حقيقة او حكما . وقال الشافعي يجوز في صورتين اذا كان غائبا عن البلد او فيها وهو مستتر قولا واحدا وهو قول مالك واحد وان كان في البلد غير مختف فله قولان اصحها لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك . والفرق ان في المستتر تضيع الحقوق لو لم يحكم وفي غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم ( البينة على المدعي واليمين على من انكر ) فاشتراط حضور الخصم زيادة على مدلول الحديث بلا دليل – ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر – فعلم ان جهالة كلامه الثابتة مع غيبته او غيبة من يقوم مقامه مانعة من القضاء ولان البينة لا تقوم حجيتها الا بالانكار ولذا لا تقام على المقر والعمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع او الطعن بها – وهذا لا يعلم الا مع حضوره او نائبه ، ولان وجه القضاء يشتبه في هذه الحالة لانه يحتمل ان يقر الخصم وان ينكر واحكامها مختلفة فانه بالاقرار يقتصر ، وبالبينة يتعدى فلا يجوز مع الاشتباه ، ولان شرط صحة الحكم بالبينة الانكار وبغيبته لا يعلم بوجود الشرط ومالم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم . ولا يكفي لثبوت الشرط اعني الانكار كونه هو الاصل ، لانه يترتب عليه وجود امر وهو صحة الحكم فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قال جميع الائمة فيمن قال لمنوكه ان لم

تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم ادخل ، بوجود المتق لوجود الشرط بناء على ان الاصل عدم الدخول لما ذكرنا اه ملخصا من الفتح وتمامه هناك ولا حجة للشافعي وما لك ايضا بانه صلى الله عليه وسلم قضى لهند امراة ابي سفيان بالنفقة وابو سفيان غائب فقال لها خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك لانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى واعانة لها على اخذ ماله الا ترى انها لم تدع الزوجية ولم تقم البينة وكان صلى الله عليه وسلم عالما بانها امراته ولم يكن على وجه القضاء اصلا - ومما يرجح انه فتوى وقوع الاستفهام في القصة هل علي جناح وانه عليه السلام فوض اليها تقدير الاستحقاق ولو كان قضاء لم يفوضه الى المدعي ولانه لم يستحلفها على ما ادعت ولا كلفها البينة ( زيلعي وشلبي )

اذا علمت هذا تعلم عدم جواز الحكم على الغائب او له عندنا . ولو قضى به هل ينفذ في التنوير وشرحه للعلائي ولو قضى على غائب بلا نائب ينفذ اي قضى من يراه جوازه كشافعي لاجماع الحنفية على انه لا يقضى على غائب فلو ينافي قوله قبله لا يقضى على غائب لانه في القاضي الحنفي وهذا في اظهر الروايتين عن اصحابنا اي لانه قول مجتهد فيه وقيل لا ينفذ ورجحه غير واحد .

وفي المنية والبزازية ومجمع الفتاوى وعليه الفتوى ورجح في الفتح توقفه على امضاء قاض آخر فاذا رفع الى الثاني فامضاه فليس للثالث نقضه ولو ابطله الثاني بطل وليس لاحد ان يجيزه لان نفس القضاء مختلف فيه اذ اقسام الحكم كما في الزيلعي لا تخلو من اربعة اوجه اما ان يكون موافقا للدليل الشرعي كالكتاب والسنة والاجماع فلا كلام فيه - واما ان يكون مختلفا فيه اختلافا يستند كل واحد الى دليل شرعي فكذلك حكمه لا يتعرض له بنقض بعد ما حكم به حاكم - نحو ان يقضي شافعي بشهادة المحدودين بقذف بعد التوبة فاذا رفع الى قاض آخر لا يراه كحنفي يمضيه ولا يبطله واما ان يكون الخلاف في نفس

القضاء لا في المسئلة التي هي سبب القضاء فهذا فيه روايتان وقد ذكرناها عن التنوير وشرحه — واما ان يكون مخالفاً للدليل الشرعي وهو النوع الرابع لا ينفذ قضاؤه ولا ينفذ بتنفيذ قاض آخر لانه وقع باطلاً فلا يعود صحيحاً بالتنفيذ كالقضاء بصحة نكاح المتعة مثلاً او بحل المطلقة ثلاثا للاول قبل ان يدخل بها الثاني .

ثم اعلم ان الاختلاف فيما قدمناه في نفاذ القضاء على الغائب وعدمه انما هو في مسائل غير المستثناة واما في المستثنات فنافذ بالاتفاق ( عبد الحليم على الدرر )

وفي العلائي والمعتمد ان القضاء على المسخر لا يجوز — الا لضرورة وهي في خمس مسائل ذكرها في الدر المختار اشترى بالخيار واراد الرد في المدة فاختفى البائع فطلب المشتري من القاضي ان ينصب خصما عن البائع ليرد عليه

وهذا احد قولين عزاها في جامع الفصولين الى الخانية لكنه قدم هذا اذ عادة قاضيخان تقديم الاشهر — كفيل بنفسه على انه ان لم يواف به غدا فدينه على الكفيل فغاب الطالب في الغد فلم يجده الكفيل فرفع الامر الى القاضي فنصب وكيلا عن الطالب وسلم اليه المكفول عنه يبرا — حلف ليوفينه اليوم فتغيب الدائن بان علق المديون العتق او الطلاق على عدم قضائه اليوم ثم غاب الطالب وخاف الحالف الحنث فان القاضي ينصب وكيلا عن الغائب ويدفع الدين عليه ولا يحنث الحالف وعليه الفتوى وفي حاشية مسكين عن شرف الدين الغزي انه لا حاجة الى نصب الوكيل لقبض الدين فانه اذا رفع الامر الى القاضي بر في يمينه على المختار المفتى به كما في كثير من كتب المذهب المعتمدة ولو لم يكن ثمة قاض حنث على المفتى به .

وفي رد المحتار وحاشية الدرر عن الفصولين قد اضطرب آراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم للغائب او عليه ولم يصف ولم ينقل عنهم اصل قوي ظاهر يبني عليه الفروع بلا اضطراب ولا اشكال فالظاهر

عندي ان يتأمل في الوقائع ويحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتى بحسبها جوازا او فسادا - مثلا لو طلق عند العدل فغاب عن البلد ولا يعرف مكانه او يعرف ولكن يعجز عن احضاره او عن ان تسافر اليه هي او وكيلها لبعده او لمانع آخر وكذا المديون لو غاب وله نقد في البلد او نحو ذلك - ففي مثل هذا لو برهن على الغائب وغلب على ظن القاضي انه حق لا تزوير ولا حيلة فيه فينبغي ان يحكم عليه وله - وكذا للمفتي ان يفتي بجوازه دفعا للحرج والضرورات وصيانة للحقوق عن الضياع مع انه مجتهد فيه ذهبت اليه الائمة الثلاثة وفيه روايتان عن اصحابنا - وينبغي ان ينصب عن الغائب من يعرف انه يراعى جانب الغائب ولا يفرط في حقه اه واقره في نور العين .

قلت ويؤيده ما ياتي قريبا في المسخر وكذا ما في الفتح من باب المفقود لا يجوز القضاء على الغائب الا اذا راى القاضي مصلحة في الحكم له وعليه فحكم فانه ينفذ لانه مجتهد فيه - قلت وظاهره ولو كان القاضي حنفيا ولو في زماننا ولا ينافي ما مر، لان تجويز هذا للمصلحة والضرورة .

## بحث

لا يخفى ان الحكم على الوكيل المسخر في مواضع الضرورة حيث كان فيه روايتان عن اصحابنا واختاره مشايخنا كما سمعت يكون مذهبا لنا الا انه جرى العمل في محاكم زماننا على نصب الوكيل المسخر عن غير المتوارى فهذا لا يجوز عندنا ويجوز على احد قولي الشافعي كمن لا يجيب دعوة الحاكم وهو غير متوار يطوف في البلدة ويتعاطى مصالحه في تجارته او وظيفته ثم مع هذا خلافا للمادة ١٨٣٣ الآتية ينصب عنه وكيل مسخر وترى الدعوى في حقه غيابا ويمضي الحكم عليه اذا مضت مدة الاعتريض ففي هذه الصورة يكون الحكم على احد قولي الشافعي

لا غير – وهنا يرد على الخاطر انه اذا كان الحكم تقليداً لقوله يقتضى العمل بجميع ما قال فيه اعني الحكم بناء على البينة مع تحليف المدعي استظهارا والا فبدون ذلك يكون ملفقا من المذهبين الحكم على غير المتوارى على احد قولي الشافعي وبلا يمين على قول ابي حنيفة والحكم الملفق من مذهبين باطل بالاجماع كما نص عليه في الدر وحواشيه مثاله متوضيء سال من بدنه دم ولمس امراة ثم صلى اللهم الا ان يجاب بما نقله في رد المحتار عن ( ح ) ان المراد بالحكم في قولهم الحكم الملفق من مذهبين الحكم الوصفي كالصحة لا الحكم بمعنى القضاء. تدبر .

المادة ١٨٣٣ يدعي المدعى عليه من قبل الحاكم بطلب واستدعاء المدعي فان امتنع عن الاتيان وارسال وكيل الى المحكمة من دون ان يكون له عذر شرعي يحضر اليها جبراً .

راجع ما ذكرناه قبل هذه المادة باسطر والدعوة في زماننا تكون من قبل القاضي بمجرد ورقة الدعوتية للمدعى عليه بواسطة المحضر وقد افتى في تنقيح الحامدية نقلا عن البحر والبزازية بان اجرته على المدعي اذا لم يكن المدعى عليه متمردا عن الحضور والا فعلى المدعى عليه اذا كان متمردا وهو الصحيح كما في الخانية وهكذا افتى في التنيجة عازيا لقضاء القنيه عن مختصر الزيادات

قال فالحاصل ان مؤنة الرجال على المدعي في الابتداء. فاذا امتنع المدعى عليه فعلى المدعى عليه – وكأن هذا استحسان مال اليه للزجر وكان القياس ان يكون على المدعي في الحالين ويظهر تمرده كما في هامش الانقروية عن خزانة المفتين ، ان يقول لا احضر او سكت او قال احضر في وقت كذا ولم يحضر اي وثبت ذلك عند القاضي فاذا

حضر عزره على حسب حاله وتكون الاجرة عليه واذا عجز القاضي من احضاره يستعين باعوان الوالي والدرك ( رد محتار ) وان كان تمرده لعذر كريض ومخدرة لا يحضر جبراً وللقاضي حينئذ ان يحضر بنفسه او يرسل نائبا عنه ان كان ماذونا بذالك فيحضر محل المدعى عليه ويسمع الدعوى ويفصلها —

وفي الانقروية لا يلزم احداً احضار احد فلا يلزم الزوج احضار زوجته الى مجلس القاضي لسماع دعوى عليها ولا يمنعها منه الا في مسائل . الكفيل بالنفس عند القدرة . وفي الاب اذا امر اجنبيا بضمان ابنه فطلبه الضامن منه فعلى الاب احضاره لكونه في تدبيره كما في جامع الفصولين .

الثالثة سجان القاضي خلى رجلا من المسجونين حبسه القاضي بدين عليه فلرب الدين ان يطلب السجان باحضاره كما في القنية .

الرابعة ادعى الاب مهر بنته على الزوج فادعى الزوج انه دخل بها وطلب من الاب احضارها فان كانت تخرج في حوائجها امر القاضي الاب باحضارها وكذا لو ادعى الزوج عليها شيئا آخر والا ارسل اليها امينا من امنائه

المادة ١٨٣٤ — اذا امتنع المدعى عليه من الاتيان وارسال وكيل الى المحكمة ولم يمكن احضاره يدعي الى المحكمة بان يرسل اليه ثلاث مرات ورقة الدعوى المخصوصة بالمحكمة في ايام متفاوتة على طلب المدعي فان ابى ايضا المجي. فهمه الحاكم بانه سينصب له وكيلا وسيسمع الدعوى والبينة وعلى هذا الحال لو امتنع وابى الحضور الى المحكمة وارسال وكيل نصب الحاكم له وكيلا يحافظ على حقوقه

وسمع الدعوى والبينة في مواجهته وبعد التدقيق ان تبين انها مقارنة للصحة وثبت الحق حكم بمقتضى ذلك .

[ اذا امتنع المدعى عليه من الاتيان وارسال وكيل الى المحكمة ولم يمكن احضاره ]

بان كان خصما متواريا

[ يدعى الى المحكمة بان يرسل اليه ثلاث مرات ورقة الدعوتية المخصوصة بالمحكمة . ]

وهو المسمى عند الفقهاء بطلب الاعداء بكسر الهمزة اي يريد المدعي من القاضي الاعداء على خصمه وهو احضاره لمجلس الحكم فينظر القاضي في المدعى عليه اما ان يكون في المصر او خارج المصر قريبا منه بحيث لو ابتكر من اهله امكنه ان يحضر مجلس الحكم ويجيب خصمه ويبيت في منزله فهذا يعديه القاضي بمجرد الدعوى – الا ان يكون الخصم مريضا او مخدرة كما تقدم فيذهب القاضي بنفسه او يرسل خليفته ان كان ماذونا بالاستخلاف فيفصل الدعوى – والا ارسل امينا فقيها مع شاهدين عدلين حتى يخبرا القاضي بما جرى وانما يبعث شاهدين ممن يعرفان المراة والمريض فالامين يسئل المدعى عليه – فان اقر اشهد عليه شاهدين بما اقر وامره ان يوكل وكيلا يحضر معه مجلس القاضي ليشهدا بما اقر به بحضرة وكيله فيقضي القاضي وان انكر يقول للمدعي الك بينة فان قال نعم يامر المدعى عليه ان يوكل وكيلا يحضر مع خصمه مجلس

القاضي لتقام عليه البينة بحضرة وكيله وان قال ليس لي بينة فالامين يحلف المدعى عليه فان حلف اخبر الشاهدان القاضي بذلك حتى يمنع المدعي من الدعوى الى ان يجد بينة وان نكل عن اليمين ثلاث مرات امره الامين ان يوكل وكيلا يحضر مع خصمه مجلس الحكم ويشهد عليه الشاهدان بنكوله ويقضي القاضي عليه بالنكول ٠

هذا اذا كان المدعى عليه في المصر او خارجها قريبا منها — وان كان بعيدا لا يعديه القاضي وهلة بل يامر المدعي باقامة البينة على موافقة دعواه ولا تكون هذه البينة لاجل القضاء وانما تكون لاجل الاحضار والمستور في هذا يكفي فان اقامها امر ان يحضر خصمه فاذا احضر وامر المدعي باعادة البينة فاذا اعاد فظهرت عدالة الشهود قضى بها عليه ومن المشايخ من قال يحلف القاضي المدعي فان نكل اقامه من مجلسه وان حلف امر باحضار خصمه والاول اصح — وان ارسل القاضي الى المدعى عليه من يحضره فلم يجده فقال المدعي للقاضي انه توارى وسئل تسمير بابه والختم عليه فالقاضي يكلفه باقامة البينة على انه في منزله فان اثبت بشاهدين انه في منزله فالقاضي يسئلهما فان قالا رايناه فيه اليوم او امس او منذ ثلاثة ايام ، قبل القاضي ذلك ويسمر ويامر بالختم ويجعل بيته عليه سجنا ويسد عليه اعلاه واسفله حتى يضيق عليه الامر فيخرج — وان كانت الرؤية قد تقادمت لا يقبل ذلك منهما ،

قال في الخانية في كتاب الدعوى والبينات ( في فصل فيما يستحق على القاضي وما ينبغي له ان يفعل وما لا يفعل ) : لانه قد يغيب اذا طالت المدة وقدر ذلك بثلاثة ايام فان قال الخصم للقاضي بعد ما ختم الباب ومضى ليام انه قد جلس في الدار ولا يحضر فانصب لي وكيلًا وعنه اقيم عليه البينة ٠

اقول وهي مآل المادة فان ابا يوسف رحمه الله تعالى يقول يبعث القاضي رسولا ينادي على بابه ومعه شاهدان فينادي الرسول على باب الخصم ثلاثة ايام كل يوم ثلاث مرات يا فلان بن فلان القاضي يقول

احضر مع خصمك فلان بن فلان مجلس الحكم والا نصبت عنك وكيلا وقبلت البينـة عليك بحضرة وكيلك - فاذا فعل ذلك ولم يحضر نصب القاضي وكيلا عنه وسمع البينة عليه وامضي الحكم عليه بحضرة وكيله اه من الهندية بنوع تلخيص ·

## تنبيـه

التبليغ بهذه الكيفيـة كان في زمانهم واما في زماننا فقد صـار بالمكاتبة ولا مانع من ان يكون متواليا في ثلاثة ايام او متراخياً يحرر في كل يومين او ثلاثة تذكرة - ثم ان المجلة قد اقتفت الرواية المنقولة عن ابي يوسف فقررت ارسال تذكرة الدعوة ثلاثة ايام لكن هل هذا على وجه الحتم ام الاحتياط والاولوية لو تاملناه في مسائل كثيرة ضرب فيها الشرع الثلاث لابلاء الاعـذار احتياطا لا على وجه الحتم كعرض اليمين على المنكر ثلاث مرات وامهال المرتد ثلاثة ايام واضراب ذلك، وجدنا مسئلة التبليغ من هذا القبيل - فاو بوشر بالمحاكمـة بعد تبليغ المدعى عليه مرة واحـدة يكفي وهذا هو الارفق في زماننا لكثرة المتمردين والماطلين في اداء الحقوق وقد صدر الامر السلطاني اخيراً بذلك وعليه العمل في المحاكم ·

وقد وهم الشارح الفاضل حيدر افندي في استدلاله على الاكتفاء بما دون الثلاث بما في الخانية من فصل فيما يقضى في المجتهدات وهـذه عبارتها التي ترجمها في شرحه : ( وان ادعى رجل على غائب شـيئا قال محمد رحمـه الله تعالى في المفقود ليس للقاضي ان ينصب وكيلا عن الغائب فلو راى القاضي ان يسمع البينة على الغائب من غير حضم وركيل وقضى على الغائب - في نفاذ قضائه على الغائب روايتان ذكر شمس الائمة السرخسي والشيخ الامام المعروف بخواهر زاده انه ينفذ قضاؤه - وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ اه ) فعبارتها كما ترى انما هي في ترجيح نفاذ

القضاء على الغائب لا في بيان الاكتفاء بتبليغـه ما دون الثلاث فكما ان عبارتها ليست ظاهرة في ذلك لم تكن مسوقة لهذا الحكم .

[ فان ابى المجيء فهمه الحاكم بانه سينصب له وكيلا وسيسمع الدعوى والبينة في مواجهته وبعد التدقيق ان تبين انها مقارنة للصحة وثبت الحق حكم بمقتضى ذلك ]

ولا مندوحة عنه لانه نصب لاحيـاء الحقوق وهذا من ضروراته ولكونه منصوبا وكيلا عن الغائب من قبل الشرع لا من قبله فليس له وظيفة غير الانكار حتى تقوم عليه بينة المدعي فلو اتى بدفع مثلا بان قال ان المال المدعى به قد اداه الغائب او ابراه منه وتصدى للاثبات او لتحليف المدعي، لا يسمع منه غير انه لو اقر لا يصح اقراره فاعتبرنا انكاره فقط وان كان لا علم له بكون الغائب مديونا او بريء الزمة باعتبار ان الاصـل في الذمم البراءة كما في المادة ( ٨ ) — ثم اذا حكم على الغائب بعد اثبات المدعي دعواه بالبينة الشرعية المزكاة سرا وعلنا فللغائب اذا حضر ان يطعن بالشهود بان في شهادتهم جر مغنم او دفع مغرم او يدفع دعوى المدعي بانه اوفاه او ابراه — ان وجده الحاكم مقبولا عمل بمقتضاه واذا لم يثبت وقال ما عندي بينة واني احلفه واطلب الحكم عليه حكما معلقا على يمينه فعلى مذهب الحنفية لا يجاب لذلك واليه اشارت المادة لان الحكم معلقا على اليمين ليس احد اسباب الحكم اعني البينة او الاقرار او اليمين او النكول عنه بقولها وسمع الدعوى والبينة لكن تسهيلا لمصالح العباد ونظرا لاحوال الزمان ورد الامر السلطاني كما في تعليمات الاحكام الشرعية المبلغة لحكام الشرع ان يكون العمل على احد قولي الامام الشـافعي بالحكم على الغائب بلا نصب وكيل

مسخر حكما مطلقا على يمينه بعد تحليف المدعي استظهارا وان لم يكن له بينـــة .

المادة ١٨٣٥ - يبلغ الحكم الغيابي الواقع على المنوال المشروح للمدعى عليه .

وهــذا ظاهر .

المادة ١٨٣٦ - اذا حضر المحكوم عليه غيابا الى المحكمة وتشبث بدعوى صالحــه لدفع دعوى المدعي تسمع دعواه وتفصل على الوجه الموجب وان لم يتشبث بدفع الدعوى او تشبث ولم يكن تشبثه صالحا للدفع ينفذ الحكم الواقع ويجري .

المادة ١٨٣٧ - الدعوي التي حكم واعلم بها موافقــة لاصولها المشروعة اي موجودا في الحكم اسبابه وشروطه لا يجوز رؤيتها وسماعها تكرارا .

ذكر قيدين لمنع رؤية الدعوى تكرارا . الاول قوله التي حكم واعلم بها . الثاني قوله موافقة لاصولها المشروعة مثلا ادعى زيد على عمرو ان الدار التي في يدك ملكي وطلب تحليفه للعجز عن البينة فنكل عن اليمين فحكم عليه القاضي ثم بعد الحكم راجع القاضي وقال ان الدار المحكوم علي بها كنت اشتريتهـا واسند الشراء الى ما قبل النكول والحكم فهذه الدعوى هي الاولى بعينهـا ما تغير شكلها ولا شخص

المتداعيين وقد حكم عليه بناء على النكول فلا تسمع ثانيا فالاشتغال بها عبث فالقيد الاول اعني قوله التي حكم بها احترازا عن نحو هذا — لكن لو اتى بدفع مقبول لم يكن في الدعوى الاولى يسمع وتعاد الدعوى سواء قبل الحكم او بعده كما سياتي في المادة ١٨٤٠ كذلك تعاد لو نقض الحكم من محكمة التمييز الشرعية اذا ميزها المحكوم عليه . ولو قال اشتريتها منه بعد القضاء تسمع لانها دعوى جديدة — بخلاف ما لو رجع قبل الحكم عن النكول وقال احلف فلا مانع لان الدعوى لم تنته بالحكم . ولو حكم مثلا بشاهد ويمين او بحل المطلقة ثلاثا لزوجها بمجرد عقد نكاحها على آخر ، وقد طلقها قبل الوطي. فيما ان هذا مخالف لنص ( واستشهدوا شهيدين من رجالكم ) ولحديث العسيلة المشهور يجب على القاضي الرجوع عنه الى الحكم بالصواب . فالقيد الثاني وهو موافقة لاصولها المشروعة. احتراز عن مثل هذا ثم العبرة لمجرد الحكم وان لم يحرر فيها اعلام .

وكما ان المحكوم عليه بشي. لا تسمع دعواه فيه بعد الحكم — كذلك لا تسمع فيه دعوى من تلقى الملك منه فلو باع زيد ثوبا من كامل وباع كامل من عبد الرحمن وعبد الرحمن من سعيد. فادعى خالد على سعيد صاحب اليد الملكيه المطلقة فانكر وقال ملكي لاني شريته من عبد الرحمن وعبد الرحمن من كامل وكامل من زيد فاثبته خالد بالبينة ، يتعدى الحكم الى بائعه وبائع بائعه وبائع بائع بائعه وهكذا — فلو حضر احد منهم وادعى انه ملكه لا تسمع ولا يحتاج الى اعادة البينة لان الدعوى لا ترى مرتين — لكن هذا كما في المثال مقيد بما اذا قال المشتري في جواب المدعي هذا ملكي لاني اشتريته من فلان فبذلك يصير البائع مقضيا عليه فلا تسمع دعوى الملك منه اما اذا قال في الجواب هذا ملكي ولم يزد عليه لا يصير البائع مقضيا عليه فتسمع منه دعوى الملك والارث كالشراء ( تنوير وتفصيله هناك .

وفي البزازية من القضاء في ( نوع في علمه ) : المورث اذا صار مقضياً عليه

في محدود ومات فادعى وارثــه ذلك المحدود ان ادعى ارثا منه، لا تسمع – وان ادعى مطلقا يسمع ولو على القلب بان كان المدعي هو المورث والمقضي عليــه اجنبيا فلما مات المورث ادعى المقضي عليه هذا المحدود مطلقا على وارثه لا يسمع . ادعى الخارج كون الدار ميراثا له من ابيــه وصاحب اليد ادعى كونها له فبرهن الخارج وقضى له ثم ان الاخ للمقضى عليه ادعى كونها ميراثا له من ابيه ابي المقضى عليه وبرهن يقضى بنصفها للمدعي – هذ لان المقضى عليه اولا وهو اخوه لم يذكر كونها ميراثـا فانتصر القضاء عليه .

والحاصل ان الدعوى بعد الحكم لا يجوز تكرار رؤيتها – الا اذا تغير شكلها بان زيد عليها دفع لم يكن قبل كما مر في المادة ١٦٣١ وسياتي في المادة ( ١٨٤٠ ) او تبدل الخصم كما لو حكم لمستحق على المشتري في دعوى الاستحقاق وتسلم المحكوم به ثم ظهر مستحق آخر ليس من الباعة تسمع دعواه على المستحق لان الحكم لا يتعدى اليــه حيث لم يكن من الباعة – وذلك لان رؤية الدعوى تكراراً وهي على الشكل السابق ولم يتبدل الخصم، مناف اصيانة الحكم والحكم يصان عن الابطال حتى وليس للقاضي ذلك .

فقد صرح في الهندية في الباب العاشر من القضاء اذا قال القاضي بعد ما قضى في حادثة رجعت عن قضائي او بدالي غير ذلك او قال ابطلت حكمي او قال وقفت على تلبيس الشهود واراد ان يبطل حكمه لا يعتبر هذا الكلام منه – والقضاء ماض على حاله اذا كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة وعدالة الشهود ظاهرة – لكن اذا كان هذا باقرار الشهود او المحكوم له يبطل القضاء لما في الهندية ايضا عن فتاوى النسفي رحمه الله تعالى عبد ادعى حرية نفسه وقضى القاضي بها ببينة اقامها العبد ثم قال العبد كذبت انا عبــد هذا الرجل هل يبطل القضاء بالحرية لا رواية لهذه المسئلة في شيء من الكتب قال وينبغي ان لا يبطل القضاء – وهذا بخلاف ما لو ادعى رجل على رجل مالا وقضى القاضي بالمال

للمدعي بالبينة ثم قال المدعي كنت كاذبا فيما ادعيت حيث يبطل القضاء واذا قال المدعي بعد القضاء المقضي به ليس ملكي لا يبطل القضـاء بخلاف ما اذا قال لم يكن ملكي لان قوله ليس ملكي يتناول الحال وليس من ضرورة نفي الملك للحال انتفاؤه من الاصل — بخلاف قوله لم يكن ملكي — المقضى عليه اذا قال ما قضى به لي فهو حرام او امر انسانا ان يشتري ذلك له من المقضى عليه فهذا يبطل الحكم كذا في التتارخانية — تكذيب المشهود له الشهود وتفسيقه اياهم بعد القضاء يبطل القضاء على ما هو اشارات الاصل والجامع وكان القاضي الامام ابو علي النسفي يقول تفسيق المشهود له الشهود بعد القضاء لا يبطل القضاء وظن بعض مشايخنا ان ما قاله القاضي الامام يخالف لاشـارات الجامع وليس كذلك لان المراد مما ذكر في الجامع تفسيق ينشأ من تكذيب المشهود له وانه يوجب بطلان القضاء كما يمنع جواز القضاء والمراد مما قاله القاضي الامام، نفس التفسيق بان قال هم زناة هم شاربوا الخمر لا تفسيق ينشأ من التكذيب ونفس التفسيق لا يمنع القضاء كما لا يبطل القضـاء وتمامه في الهنـدية .

المادة ١٨٣٨ — اذا ادعى المحكوم عليـه بان الحكم الذي لحق في حق الدعوى ليس موافقاً لاصوله المشروعة وبين جهة عدم موافقتـه وطلب استئناف الدعوى يحقق الحكم المذكور فان كان موافقـا لاصوله المشروعة يصدق والا يستأنف .

[اذا ادعى المحكوم عليه بان الحكم الذي لحق في حق الدعوى ليس موافقا لاصوله المشروعة ]

اعلم اولا ان القاضي اذا كان مقلدا وقيد له السلطان ليحكم بمذهب احد الائمة المجتهدين كابي حنيفة فهو مقيد بمذهبه فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى الحكم بمذهب آخر هندية عن الفتح . وجميع القضاة في زماننا مقلدون ومقيدون بالحكم على اصح الاقوال من المذهب المشار اليه فاذا جرى حكم القاضي في حادثة جرت فيها الخصومة بين يديه فاستأنفه المحكوم عليه فكما اشارت اليه المجلة يدقق الحكم من حيث انه موافق للاصول المشروعة في ذلك المذهب ام لا – وان كان مجتهدا وحكم بما يراه اجتهادا وجاء قاض آخر مثله رفع اليه حكم الاول ، ينظر ان كان القضاء في المجتهدات نفذه اي صدقه سواء كان موافقا لاجتهاده او مخالفا لان كلا منهما يعتقد ان رايه صواب وراي صاحبه بالعكس فلا مزية لاحد الاجتهادين على الآخر وقد ترجح الاول باتصال القضاء فلا ينقض بما هو دونه حتى لو قضى بابطاله ثم رفع الى قاض آخر فالثالث ينفذ قضاء الاول ويبطل قضاء الثاني لان قضاء الاول كان في موضع الاجتهاد والقضاء في المجتهدات نافذ بالاجماع فكان القضاء من الثاني مخالفا للاجماع فيكون باطلا زيلعي وشلبي عن المحيط . وفي التنوير والكنز والهداية وغيرها استثني من المجتهدات الاقضية المخالفة لنص الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع قيد السنة بالمشهورة احترازا عن الغريب زيلعي .

والمراد بنص الكتاب كما في الوقاية على الهداية الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح ابآؤكم من النساء فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امراة الاب وجاريته ووطئها ان وطئها الاب فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه لعدم جواز الاجتهاد في مورد النص كما في المادة ١٤

مثال خلاف السنة المشهورة الحكم بمجرد نكاح الزوج الثاني بلا دخول فان اشتراط الدخول ثابت بالحديث المشهور وهو حديث العسيلة – ومثال عدم جواز الاجتهاد في حكم يخالف الاجماع الحكم بحل المتعة

لاجماع الصحابة على فساده وكبيع ام الولد فلو حكم ببيعه ورفع حكمه الى قاض آخر ، لا ينفذه لاجماع التابعين ومن بعدهم على منعه . وهذا ظاهر على قول محمد بان الاجماع المتاخر يرفع الخلاف المتقدم - وعلى قول الامامين بانه لا يرفع ، لا يجوز ايضا لما في رد المحتـــار نقل القاضي ابو زيد في التقويم ان محمدا روى عنهم جميعا ان القضاء ببيعها لا يجوز ونقل الزيلعي من شمس الائمة انه يرتفع به بلا خلاف فعلى هذا انما ينفذ حكم الحاكم فيه على قولهما ، لان هذا الاجماع ضعيف فينفـــذ قضـــاء القاضي بخلافه لضعفـه فالاجتهـــاد في المواضع الذي هو خلاف ما اجتمع عليـــه اكثر العلماء واجلهم لا يجوز لعدم اعتبار مخالفة ذلك البعض لما عليـــه الجمهـــور .

قال في الفتح فهذا لا يعتبر لتسويغ الاجتهاد ولا نعني انه لا يعتبر لانعقاد الاجماع اي للفرق بين الاجماع الذي هو احد الاركان الاربعة في الاصول وبين الاجتهاد من واحد او اثنين في مسئلة هي خلاف ما عليه اكثر علماء السلف .

قال في هذا المقام ليس المراد بالبعض ما دون النصف او ما دون الكل بل الواحد والاثنين والا يلزم عدم اعتبار قضاء في محل مجتهد فيه اصلا اذ ما من محل اجتهاد الا واحد الفريقين اقل من الفريق الآخر اذ لا يضبط تساوي الفريقين ولذا لم يمثلوه قط الا بخلاف ابن عباس ونحوه وهو اجتهاده رضي الله عنـــه في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه وهو خلاف من رجل واحد فالمراد اذا اتفق اهل الاجماع على حكم خالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد - حتى لا ينفذ القضاء بذلك الواحد في مقابلة قول الباقين ثم هذا اعم من كونهم سوغوا اجتهاده ذلك اولا والذي صححه شمس الائمة واختاره ان ذلك الواحد المخالف ان سوغوا له اجتهاده ، لا يثبت حكم الاجماع وان لم يسوغوا لا يصير المحل مجتهدا فيه لان ذلك خلاف لا اختلاف .

والفرق بينهما كما في العيني على الهداية ان الخلاف هو ان يكون

الطريق مختلفا والمقصد مختلفا فافهم فانه دقيق . وفي الفتح ما ملخصه المراد بالكتاب هو المجمع على ما اريد به او ما يكون المراد مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تاويله بدليل مجمع عليه فالاول ( حرمت عليكم امهاتكم ( فلو قضى قاض بحل ام امراته كان باطلا لا ينفذ لاجماع الامة على هذا دخل بالبنت اولا - والثاني نحو ( ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ) فلا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عمدا ومثل هذا كثير فالشافعي وان اوله بالمذبوح للاصنام زمان الجاهلية وقد خالفه الحنفي في هذا التاويل فوقوع الخلاف في انه مؤول او غير مؤول ، لا يقضي لاحد المتناظرين القائل بانه غير مؤول يمنع الآخر من الاجتهاد فيه نعم يترجح احد القولين على الآخر بثبوت دليل التاويل فيقع الاجتهاد في بعض افراد هذا القسم انه يسوغ فيه الاجتهاد اولا ولهذا تمنع الحنفية نفاذ القضاء في بعض الاشياء كهذا ويجيزه الناظر الآخر ولقد نقل الخلاف في الحل عندنا وان كان كثير لم يحك الخلاف

وتتميا للفائدة نسرد ما ذكره في البحر اخذا عن الامام الخصاف ، المواضع التي نص اهل المذهب على مسائل لا ينفذ القضاء فيها وهي قضى ببطلان الدعوى بمضي سنين (١)

او فرق بين الزوجين للعجز عن النفقة حال غيبته او حكم بصحة نكاح مزنية ابيه وابنه او بصحة نكاح ام مزنيته او بنتها او بصحة نكاح المتعة او بسقوط المهر بلا بينة او اقرار ، اخذا بقول البعض ان قدم النكاح يوجب سقوط المهر او بعدم تاجيل العنين او بعدم صحة الرجعة بلا رضاها او بعدم وقوع الثلاث على الحامل او بعدم وقوع الثلاث

---

١ كما قال بعضهم اذا لم يخاصم ثلاث سنين وهو في المصر بطل حقه فلا ينفذ القضاء به لانه قول مهجور فاذا رفع الى آخر ابطله وجعل المدعي على حقه رد محتار عن الخانية

على غير المدخولة او بعدم وقوع الطلاق في طهر جامعها فيه او بنصف الجهاز لمن طلق امراته قبل الدخول بها بعد قبض المهر والتجهيز او بالشهادة على خط ابيه او بشاهد ويمين او في الحدود والقصاص بشهادة رجل وامراتين او بما في ديوانه وقد نسي او بشهادة شاهد على صك لم يذكر ما فيه الا انه يعرف خطه وخاتمه ( ١ ) او بشهادة من شهد على قضية مختومة من غير ان تقرا عليه او بقضاء المراة في حد او قود او بقضاء عبد او في قسامة بقتل او فرق بين الزوجين بشهادة واحدة على الرضاع او قضى لولده بشهادة الاجانب او حكم بالحجر على مفسد مستحق له ( ٢ ) او بصحة بيع نصيب الساكت من قن حرره احد الشريكين معسرا او بجواز بيع متروك التسمية عامدا او بجواز بيع ام اولد او ببطلان عفو المراة عن القود بناء على قول البعض انه لا حق لهن فيه

---

( ١ ) اي لعدم العمل بمجرد الخط فلا يحل للشهود ان يشهدوا الا باحد معان ثلاثة اما ان يقرا المشهود عليه الكتاب عليهم وكتبه غيره او قرىء الكتاب عليه بين يدي الشهود فيقول هولهم اشهدوا علي بما فيه كذا في التكلمة في رواية النوادر عن ابى حنيفة : ويستثنى من ذلك ما وجده القاضي في ايدي القضاة الماضين وله رسوم في دواوينهم ويشير الى ذلك ما قاله في الاسعاف من انه استحسان واستثنى ايضا تبعا لما في الخانية خط البياع والسمسار والصراف ،

(٢) وفي منحة الخالق على البحر الرائق عن شرح ادب القضاء ولو ان قاضيا حجر على رجل يستحق فجاء قاض آخر فاطلق حجره واجاز ما صنع كان اطلاقه جائزا وما صنع في ماله من شراء ان بيع قبل اطلاقه وبعد اطلاقه عنه جاز لوجهين احدهما ان الاول ليس بقضاء لعدم المقضي له والمقضى عليه بل فتوى منه فكان للثاني ان لا يعمل به فيطلق والثاني ان كان قضاء فنفس القضاء مجتهد فيه فلا يكون حجرا منه بل يتوقف

( ٦ ) او بصحة ضمان الخلاص والزامه تسليم الدار عند الاستحقاق ، او بالزيادة في معلوم الامام من اوقاف المسجد ، او بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد المحلل بلا دخول عملاً بقول سعيد ، او بعدم تملك الكفار مال المسلم المحرز بدارهم او بجواز بيع درهم بدرهمين اخذامن قول ابن عباس المار ، او بصحة طلاق المحدث ، او بالقسامة على اهل المحلة بتلف المال قياسا على النفس ، او بحد القذف بحكم التعريض ، او بقرعة في رقيق اعتق الميت واحداً منهم ، او بعدم جواز تصرف المراة في مالها بغير اذن زوجها قال

---

على امضاء قاض آخر ان امضاه نفذ وصار قول القاضي الثاني ، بيانا في محل مجتهد – والبيان من الثاني في محل مجتهد ، يكون بمنزلة القضاء في محل مجتهد – ولو قضى في مجتهد فيه ينفذ قضاؤه ولا يكون للثاني ان يرده – فكذا اذا بين الثاني لا يكون للثالث ان يرده فاذا رد القاضي الثاني القضاء الاول ، بطل فلا يكون للثالث ان ينفذه – وصار هذا نظير القاضي اذا قضى في حادثة وهو محدود في قذف فان القضاء لا يكون حجة حتى يتصل به الامضاء من القاضي الثاني اه وانت خبير بان كلامنا فيما لا ينفذ القضاء فيه والقضاء بالحجر لا ينفذ كما علمت من انه فتوى لكن لو نفذه قاض آخر نفذ ( ٦ ) يريد به ان الانسان يبيع داره من انسان ويضمن له الخلاص او غير البائع يضمن له الخلاص وتفسيره انه لو جاء مستحق واستحقها فهو ضامن للخلاص يتخلص الدار من يد المستحق اما شراء او هبة او بوجه من الوجوه فاذا ضمن كذلك ثم ظهر الاستحقاق فرفع الى قاض آخر يرى ذلك الضمان صحيحاً فقضى عليه بتسليم الدار ثم رفع الى آخر لا يراه فانه يبطله لانه شرط لا يقدر على الوفاء به وهذا التفسير قول ابي حنيفة واختيار الخصاف – واما عندهما فهو والعهدة والدرك واحد وهو الرجوع على البائع عند الاستحقاق وتمامه في شرح ادب القضاء .

الزيلعي وحاصله ان الذي قضى به الاول لايخلو من اربعة اوجه اما ان يكون موافقا للدليل الشرعي كالكتاب والسنة والاجماع فلا كلام فيه - واما ان يكون مختلفا فيه اختلافا يستند كل واحد الى دليل شرعي فكذلك حكمه لا يتعرض له بنقض بعد ما حكم به حاكم - واما ان يكون الخلاف في نفس القضاء لا في السبب ونفس المسئلة ففيه روايتان في رواية لا ينفذ ذكره الخصاف وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد قبل القضاء فاذا قضى فحينئذ وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء آخر يرجح احدهما وذلك مثل القضاء على الغائب وللغائب وقضاء المحدود في القذف وشهادته بعد التوبة وقضاء الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على الغائب او قضى الفاسق او المحدود في الاصح لا ينفذ - الا اذا رفع الى حاكم آخر فقضى بصحة حكمه فحينئذ يلزم ولو فسخه انفسخ لان الاختلاف في نفس القضاء فقبل القضاء لم يوجد محله .

واعلم ان تسويغ الاجتهاد فيما يخالف الاجماع يشمل ما اذا كان الاجماع على حكم من الاحكام او على تاويل السمعي ، ويشمل ما نقل فيه عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة حتى روي انه رجع عنه ( فتح ) وفي قول المجلة

## [ وبين جهة عدم موافقته الخ ]

ذكر لسبب استئناف الحكم لا انه لا ينظر في فساد لم يبينه المحكوم عليه بل عند الاستئناف يفسخ الحكم لمطلق فساد فيه وان لم يبينه كما انه لو بين اسبابا غير واردة لا ينظر اليها [ والا ] اي وان لم يكن موافقا لاصوله المشروعة [ يستأنف ] اي تعاد المحاكمة من اولها مرة ثانية في تلك المحكمة التي اصدرت الحكم

## تتمة

لو قضى بخلاف رايه في المجتهد فيه ناسيا مذهبه نفذ عنده وفي العامد روايتان وعندهما لا ينفذ في الوجهين وعليه الفتوى .

## المادة ١٨٣٩ — اذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع في حق الدعوى وطلب تمييز الاعلام الحاوي للحكم يدقق الاعلام المذكور فان كان موافقا لاصوله المشروعة يصدق والا ينقض .

لقائل ان يقول هذه المادة والتي قبلها مآلها متحد وذلك لان الاعلامات الشرعية ليس لها الا درجة واحدة وهي التمييز بخلاف النظامية فالاستئناف والتمييز مختلفا المعنى في اصطلاح القانون لا غير لان لكل منهما مرجعا على حدة عند الاقتضاء فلا يرجع الى التمييز في الاعلامات النظامية الا عند الفراغ من الاستئناف او مضي مدته القانونية — ولعلهم باعتبار مقاصد اولية اصطلحوا في باب الفتوى على فرق بين استئناف الاعلام الشرعي وتمييزه وهو ان المحكوم عليه اذا استدعا اعادة المحاكمة بناء على ما ظهر له ان الحكم غير موافق لاصوله المشروعة مبينا ذلك في لائحتـه يقال له مستانف اي طالب ابطال الحكم واعادة المحاكمة - وان قدم في لائحته الاعتراضية ان اعلام الحكم المتضمن لافادة الطرفين ومدافعاتها مخالف لما هو مندرج في جريدة الضبط وعليه تحال لائحته مع اعلام الحكم الى مجلس التدقيقات الشرعية كما كان في عهد الحكومة التركية فيقال لهذا بهذا الاعتبار مميز — والا فحيث كان العمل واحدا والمرجع واحدا والنتيجة واحدة تصديقا او ابطالا فما لفظ الاستئناف والتمييز وما افظ

النقض والفسخ في الاعـلامات الشرعية الا الفاظ مترادفة لم تنقل عن موضوعها الشرعي .

المادة ١٨٤٠ - يصح دفع الدعوى قبل الحكم وبعد الحكم بناء عليه اذا بين وقدم المحكوم عليه في دعوى، سببا صالحا لدفع الدعوى وادعى دفع الدعوى وطلب اعادة المحاكمة، يسمع ادعاؤه هذا في مواجهة المحكوم له وتجري محاكمتهما ايضا . مثلا اذا ادعى احد الدار التي هي في تصرف الآخر بانها موروثة له من والده واثبت ذلك ثم بعد الحكم لو ظهر سند معمول به يبين ان والد المدعي قد باع الدار المذكورة الى والد ذي اليد تسمع دعوى ذي اليـد واذا اثبت ذلـك انتقض الحكم الاول واندفعت دعـوى المـدعي .

[ يصح دفع الدعوى قبل الحكم وبعد الحكم ]

اذا صح بعد الحكم فقبله بالاولى لانه بعد الحكم يكون رفعـا للحكم وقبله دفعا له والدفع اسـهل من الرفع - وهذا لا يرد على قولهم الدعوى اذا فصلت مرة بالوجه الشرعي مستوفية شرائطها الشرعية لا تنقض ولا تعاد، لان هذا ليس على اطلاقه بل اذا لم يزد المدعي على ما صدر منه اولا اما لو جاء بدفع صحيح لم يذكره اولا او جاء ببينة بعد عجزه عنها فانه تسمع دعواه .

وفي الفصولين عن الذخيرة البرهانية كما يصح الدفع يصح دفع الدفع

وكذا يصح دفع دفع الدفع وما زاد عليه يصح وهو المختار وكما يصح الدفع قبل اقامة البينة يصح بعدها وكما يصح الدفع قبل الحكم يصح بعد الحكم - حتى لو برهن على مـال وحكم له ثم برهن خصمه ان المدعي اقر قبل الحكم انه ليس له عليه شيء يبطل الحكم - وفيه اقول وينبغي ان لا يبطل الحكم لو امكن التوفيق بحدوثه اي المال بعد اقراره على ما في فتاوي رشيد الدين لم يبطل الحكم الجائز بشك قال : ودليل صحة هكذا ان القضاة يكتبون في سجلاتهم بعد ذكر الحكم. وتركت كل ذي حق ودفع على حجته ودفعه لو اتى به يوما من الدهر وان لم يسمع الدفع بعد الحكم لغت كتابـة هذا وفي فتاوى القاضي ظهير الدين متقدموا مشائخنا جوزوا دفع الدفع وبعض متاخريهم على ان الدفع يصح لا دفع الدفع وقيل دفع الدفع يصح ما لم يظهر احتيال وتلبيس .

## بنـاءً عليه

اي على صحة الدفع

## [ اذا بين وقدم المحكوم عليه في دعوى سبباً صالحا ]

اي مقبولا شرعاً .

## لدفع دعوى

فلو كان غـير صالح للدفع فلا يقبل وذلك اما ان يكون الدفع

مناقضا لشيء سبق من الدافع ، او بان يكون بين الدفع وبين ما يدعي المدعي تعارض – وكل منهما محل للاحتمال وقد تقوى الاول بالحكم فسقطت معارضته – مثال الاول كفل بثمن او بمهر ثم الكفيل برهن على فساد البيع والنكاح ، لا يقبل لان اقدامه على التزام المال اقرار منه بصحة سبب وجوب المال فلا يسمع منه بعده دعوى الفساد ولو برهن على ايفاء الاصيل او على ابرائه تقبل لانه تقرير للوجوب السابق كذلك لو ادعى ثمن دابة فانكر خصمه الشراء فبرهن عليه المدعي فبرهن خصمه على ايفاء ثمنه لا يسمع للتناقض – ومثال الثاني لو اتى بالدفع بعد الحكم ففي بعض المواضع لا يقبل كما لو ادعى على آخر دارا وبرهن فحكم له بها ثم بعد الحكم قال المحكوم عليه ان المدعي اقر قبل الدعوى انه لا حق له في الدار لا يبطل الحكم لجواز التوفيق بان شراه بخيار فلم يملكه في ذلك الزمان فاقر ثم مضت مدة الخيار وقت الحكم فملكه فلما احتمل هذا لم يبطل الجتز بشك . ولو برهن قبل الحكم تقبل ولا يحكم اذ الشك يمنع الحكم ولا يرفعه – فعلى ما قدمناه اذا بين سببا صالحا .

[ وادعى دفع الدعوى وطلب اعادة المحاكمة يسمع ادعاؤه هذا في مواجهة المحكوم له تجري محاكمتهما ايضا مثلا اذا ادعى احد الدار التي هي في تصرف الآخر بانها موروثة له من والده واثبت ذلك ثم بعد الحكم لو ظهر سند معمول به ]

او بينة عادلة [ يبين ] كل منهما

[ ان والد المدعي قد كان باع الدار المذكورة الى والد ذي اليد تسمع دعوى ذي اليد واذا اثبت ذلك انتقض الحكم الاول واندفعت دعوى المدعي ]

انظر المادة ( ١٨٢٠ ) وخرج عن ذلك مسائل مخمسة الدعوى راجع المادة ١٦٣٧ وشرحها فلو ادعى عينا في يد احد وبرهن ثم بعد الحكم لو قال هذا الشيء اودعنيه او اعارنيه او رهنيه او آجرنيه فلان ، لا تسمع دعواه بعد الحكم وقبل الحكم تسمع وتندفع الدعوى — كذلك لو برهن على انه ابن عم الميت وذكر النسب فبرهن خصمه ان جد الميت فلان ، غير الذي بينه المدعي — ان لم يقض بالاول ، لا يقضى بشيء للتعارض ولو قضى بالاول لا يقضى بالثاني -كمسئلة تطليق امراته يوم النحر بالكوفة في هذه السنة اي لو كان البينتان قبل الحكم باحداها يتعارضان تسمع لدفع الحكم وبعده لا تسمع ولو برهن بعد الحكم ان قاضيا آخر حكم قبله بما ذكر خصمه من النسب ينبغي ان يبطل الحكم الثاني لسبق الاول — ولو برهن انه ابن عمه لابيه وامه فبرهن الدافع انه ابن عمه لامه لا لابيه قبل الحكم بالاول ، يندفع وكذا لو برهن ان الميت اقر انه ابن عمي لامي لا لابي · وانظر ما قدمناه في شرح المادة ( ١٧٥٦ ) ·

## تتمة

في الفصولين ايضا عن فتاوى القاضي ظهير الدين لو ادعى النكاح ، فدفعه دعوى طلاق او اقرار بحرمة المصاهرة او برضاع — ادعى رجوعا في هبة فدفعه دعوى التعويض والزيادة المتصلة او انه ذو رحم محرم من

الواهب . ادعى شراء دار من فلان ، فدفعه ان يدعي ذو اليد شراءه من فلان ذلك - برهن انه شراه من فلان يوم كذا سنة كذا فبرهن ذو اليد ان فلانا ذلك اقر قبل تاريخ شرائك او قبل شرائك بسنة انه ملك اخيه فلان وصدقه اخوه فلان وانا شريته من اخيه المقرله اتفقت اجوبة المفتين على صحة هذا الدفع ثم استفتوا بعده ان المدعي لو طلب من ذي اليد بيان وقت ذلك الاقرار انه متى كان وفي اي شهر كان هل يكلف عليه ، اتفقت اجوبتهم ايضا انه لا يكلف لازه بين مدة بقدر الحاجة حيث قال قبل شرائك او قبل تاريخه - ادعى ملكا مطلقا او بالنتاج وبرهن فدفعه ان يدعي ذو اليد نتاجها

# الباب الرابع

## ﴿ في بيان المسائل المتعلقة بالتحكم ﴾

المادة ١٨٤١ - يجوز التحكيم في دعاوي المال المتعلقة بحقوق الناس .

التحكيم مصدر من حكم بالتشديد يقال حكمه اي فوض اليه الحكم - وهو في الاصطلاح تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما . وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر فلو حكما رجلا فلم يقبل لا يجوز حكمه الا بتجديد التحكيم ( بحر عن المحيط ) . وشرطه من جهة المحكم

بكسر الكاف العقل لا الحرية — فتحكيم المكاتب والعبد المأذون ، صحيح ولا يشترط الاسلام فيه فتحكيم الذمي ذميا صحيح وتحكيم المرتد موقوف عنده فان حكم ثم قتل المرتد او لحق بطل الحكم وان اسلم نفذ وعندهما جائز بكل حال — ومن المحكم بفتح الكاف صلاحيته لقضاء بكونه اهلًا للشهادة — فلو حكما عبدا او صبيا او محدودا في قذف لم يصح . وتشترط الاهلية وقت التحكيم والحكم جميعا — فلو حكما عبدا فعتق او صبيا فبلغ او ذميا فاسلم ثم حكم لم ينفذ كما في المقلد — ولو حكما حرا او عبدا فحكم الحر وحده ، لم يجز وكذا اذا حكما وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لم ينفذ ولو حكم ذمي بين مسلمين فاجاز لم يجز كحكمه ابتداء ولهذا قالوا لو صلح المحكم قاضيا ولم يقولوا لو صلح شاهدا لان الشاهد لا يشترط صلاحيته وقت التحمل وانما يشترط وقت الاداء فقط واما القاضي والمحكم فيشترط صلاحيته وقت التقليد والقضاء كما علمته .

ومن جهة المحكوم به ان لا يكون في حد ولا قود ولادية لما سياتي — وصفته قبل الحكم وبعده اللزوم — وجوازه بنص قوله تعالى ( فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ) — قال في الفتح وفيه اي في هذا الاستدلال نظر لكن لم يبين وجهه

قال في البحر وجه النظر ان تحكيم المحكمين في هذه الآية لم يتراضيا عليه خصوصا وان المخاطب في ( فابعثوا ) هم الحكام لا المحكمون ولان الحكم عندنا انما يصلح فقط وليس له ايقاع الطلاق فهو وكيل فلم يكن من هذا القبيل اه

يقول الفقير قد يقال في دفع النظر بان امر الله تعالى للحكام بتوسيط مصلحين بينهما يدل على انه يقبل منهما التحكيم اذا هما اي الزوجان باشراه بل تسمية الله تعالى كلا منهما حكما واسناد الارادة اليهما في ( ان يريدا ) كاف في الاستدلال لما في التحكيم من معنى المصالحة .

وبالسنة وهي ما رواه النسآئي قال ابو شريح يا رسول الله ان قومي اذا اختلفوا في شيء فاتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان فقال عليه الصلوة والسلام ما احسن هذا وورد غير ذلك ايضا . وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وهو نوع من انواع القضاء اخر ذكره لان حكمه ادنى حالا من حكم القاضي فانه اذا خالف حكمه مذهب القاضي الذي رفع اليه ابطله والقاضي لا يجوز ابطال حكمه الا اذا خالف الكتاب او السنة او الاجماع - والقاضي يجوز حكمه في كل شيء لان ولايته عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد له - والمحكم لا يجوز حكمه في الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنى والشرب والسرقة باتفاق الروايات وفي غير الخالصة كالقصاص وحد القذف كذلك لا يجوز في الصحيح وعليه اتفقت كلمة المتون ومشي عليه الخصاف - والفرق ان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفي بالشبهات - ويعلل في القصاص ايضا بان التحكيم فيه معنى الصلح وهما لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان اباحته - واما عدم جواز حكمه في الدية فيما لو حكماه في دم خطا فلا يخلو اما ان يحكم بالدية على العاقلة فلا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم المحكم لا ينفذ على غير المحكمين - وان كان في مال القاتل رده القاضي ويحكم بالدية على العاقلة لانه مخالف لنص حديث ابن مالك ( قوموا فدوه ) الا اذا ثبت القتل باقراره فيصح في مال القاتل لان العواقل لا تعقل القتل الثابت بالاقرار ولان حكم المحكم ينفذ على المحكمين خاصة ولا يتعدى الى غيرهما حتى لو حكماه في عيب بالمبيع فقضى برده ليس للبائع ان يرده على بائعه - الا ان يتراضى البائع الاول والثاني والمشتري على تحكيمه فحينئذ يرده على الاول استحسانا ولو اختصم الوكيل بالبيع مع المشتري منه في العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل اذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة الا ان يرضى الموكل بتحكيمه معها - وان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهم

في التوكيل ففي لزومه للموكل روايتان - وانما اقتصر حكمه ولم يتعد لانه كالمصالح كما تقدم - والحكم لا يقبل كتابه الى القاضي ولا كتاب القاضي اليه فان كتب اليه قاض فرضي به الخصمان حكم حينئذ بمقتضى الكتاب وقول المجلة ( في دعاوي المال ) قيد احترازي خرج به الاشياء المتقدمة اه ملخصا من البحر والفتح وخلافهما

المادة ١٨٤٢ - حكم المحكم لا يجوز ولا ينفذ الا في حق الخصمين اللذين حكماه وفي الخصوص الذي حكماه بـه فقط ولا يتجاوز غير ذلك ولا يشمل سائر خصوصاتهما •

## حكم المحكم لا يجوز ولا ينفذ

من عطف الملزوم على اللازم لان عدم الجواز يستلزم عدم النفاذ •

## الا في حق احد الخصمين

استثناء مفرغ اي لا ينفذ في حق احد من الناس الا في حق احد الخصمين اذا كان موافقا للشرع استفيد ن هذه الفقرة ان حكم المحكم قاصر على الطرفين اللذين حكماه ولا يتعدى الى غيرهما حتى ولا في المسائل التي يكون الحكم فيها على الحاضر حكما على الغائب راجع المادة ١٨٣٢ وبناء على ان حكمه نافذ في حق الخصمين فقط

قال الزيلعي لو اخبر هذا المحكم باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على حالهما في تحكيمه يقبل قوله، لان الولاية قائمة - وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية قال في النهاية يعني لو قال المحكم بينهما لاحدهما قد اقررت عندي لهذا بكذا وكذا او قامت عندي بينة عليك بكذا وكذا فعدلوا وقد الزمتك ذلك وحكمت عليك به لهذا وانكر المقضي عليه ان يكون قد اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء نفذ الحكم عليه لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك فيملك الاقرار كالقاضي المولى اذا قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي بذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضى عليه وقال في المحيط حكما رجلا ما دام في مجلسه وقالا لم تحكم بيننا وقال الحكم حكمت، فالحكم مصدق ما دام في مجلسه لانه حكى ما يملك استئنافه فيملك الاقرار به وجعل اقراره كانشاء الحكم ولا يصدق بعده لانه لا يملك انشاء الحكم ولا يملك الاقرار به - وقال فيه المحكم انما يخرج عن الحكومة باحد اسباب ثلاثة اما بالعزل او بانتهاء مدة الخصومة بان كان وقتا فمضى الوقت او بخروجه من ان يكون اهلا للشهادة

وفي الهندية واذا اصطلح الرجلان على حكم يحكم بينهما فقضى لاحدهما على صاحبه في بعض الدعاوي الذي حكماه في ذلك ثم رجع المقضى عليه عن تحكيم هذا الحكم فيما بقي بينهما من الدعاوي فان القضاء الاول نافذ وما يقضي بعد ذلك لا ينفذ وانما قيد الخصمين بقوله

## الذين حكماه

لان ولايته خصوصية على من حكماه فقط بخلاف القاضي فان ولايته عامة فلو ادعى رجل قبل رجلين انهما غصباه ثوبا او شيئا من الكيلي

او الوزني فغاب احدهما ورضي الآخر والمدعى عليه ، بحكم يحكم بينهما فاقام المدعي بينة على حقه عليهما فانه يلزم الحاضر نصفه ولا يلزم الغائب منه شيء وكذلك على هذا اذا ادعى رجل على ميت دينا وورثته غيب الا واحدا فاصطلح هذا الوارث مع المدعي على حكم يحكم بينهما فاقام المدعي بينة على الميت بحقه وحكم الحاكم بذلك ، لا يظهر حكمه في حق الغيب غير ان في مسئلة الورثة يقضي على الحاضر بجميع الدين ويستوفي ذلك مما في يده وفي مسئلة الغصب يقضي على الحاضر بالنصف — واذا اشترى من آخر دابة وقبضها ونقد الثمن ثم طعن بعيب واصطلحا على حكم فقضى بالرد على البائع ، فهو جائز فان اراد البائع ان يخاصم بائعه في ذلك العيب لا يجوز — ولو اصطلحوا جميعا على حكم هذا المحكم المشتري الثاني والمشتري الاول والبائع الاول ورد هو الدابة على البائع فاراد البائع الثاني ان يردها على البائع الاول ليس له ذلك قياسا وله ذلك استحسانا — وجه القياس ان البائع الاول ليس بخصم للحال اذ لا خصومة معه في العيب قبل الرد على البائع الثاني فصار وجود هذا التحكيم والعدم ، بمنزلة ولو نقض البائع الاول الحكومة بعد ما رد الدابة على الثانى قبل ان يرد عليه صح النقض — واذا صح العزل لا يملك الحكم رد العبد على البائع الاول بعد ذلك — وان خاصم البائع الثاني البائع الاول بعد ذلك بسبب هذا العيب عند قاض من القضاة ، فالقياس ان لا يرده القاضي على البائع الاول وفي الاستحسان يرده — ولو ان رجلا باع سلعة رجل بأمره فطعن المشتري بعيب فحكما بينهما حكما برضى الآخر فردها الحكم على البائع بسبب ذلك العيب باقرار البائع او بنكوله او ببينة قامت — فان كان الرد بالبينة او بنكول الوكيل فله ان يرده على الموكل — وان كان الرد باقراره بالعيب وذلك عيب لا يحدث مثله ، رده على الموكل ايضا فان كان يحدث مثله لم يرده على الموكل حتى يقيم البينة ان هذا العيب كان عند الموكل وان كانت الحكومة بغير رضى الآمر ، لم يلزم الآمر من ذلك شيء الا ببينة ، او كان عيبا لا يحدث مثله — ولو كان هذا الرجل اشترى

دابة لرجل بامره فطعن المشتري بعيب به وحكما فيما بينهما رجلا برضى الآمر ورده ببينة او باقرار او بنكول كان ذلك جائزا على الآمر وهذا ظاهر ولو كان التحكيم بغير رضى الآمر ورد ببعض ما ذكرنا اي ببينة ، فكذلك الجواب وكان الرد جائزاً على الآمر ( هندية عن المحيط ) وخرج عن هذا احد الشريكين اذا حكم هو وغريم له حكما فحكم بينهما والزم الشريك ، تعدى الى الشريك الآخر لان حكمه كالصلح والصلح من صنيع التجار فكان كل واحد من الشريكين راضيا بالصلح وقول المجلة ( فقط ) قيد للضمير في به اي لا يجوز حكمه في خصوصات بين المحكمين لم يحكماه بها فلو حكماه بدعوى بينهما بخصوص دين مثلا له ان يحكم بذلك ولا ينفذ حكمه بدعوى اخرى قائمة بينهما بخصوص دار او دابة لم يحكماه بها وقولها

[ ولا يتجاوز غير ذلك ولا يشمل سائر خصوصاتهما ]

لف ونشر مرتب .

المادة ١٨٤٣ — يجوز تعدد الحكم يعني يجوز نصب حكمين او ثلاثة او ازيد لخصوص ويجوز ان ينصب كل من المدعي والمدعى عليه حكما

يعني كما جاز للسلطان ان ينصب حاكما واحدا او متعددا يجوز ذلك للمحكم رابع المادة ١٨٠٢ وفي الهندية واذا اصطلح الرجلان على حكم يحكم بينهما ولم يعطاه ولكنهما قد اختصما اليه وحكم بينهما ، جاز اذ يكفي معرفة شخصه وقت التحكيم واذا اصطلحا على غائب يحكم بينهما فقدم وحكم بينهما جاز واذا تقدما الى احدهما فقد عيناه للخصومة

ولا يبقى الآخر حكما واذا اصطلحا على ان يحكم بينهما اول من يدخل المسجد فذلك باطل لان شخصه مجهول

المادة ١٨٤٤ — اذا تعدد المحكمون على ما ذكر آنفا يلزم اتفاق راي كلهم وليس لواحد منهم ان يحكم وحده ٠

لان المحكم اعتمد على راي الجميع لا البعض فلا يكون راضيا بحكمه وحده فلا ينفذ حكمه - الا ان يكون المحكمون ماذونين من قبل من حكمهم ان يحكموا بكثرة الآراء فالظاهر انه يجوز - كما نراه في محاكم العدلية فهو نظير من فوض لاشخاص متعددين باجراء الصلح مع غيره على شيء متنازع فيه وقال لهم اذا اختلفتم في الرأي فاني راض بما يرضاه اكثركم فانه يجوز . وما استظهره الفاضل حيدر افندي من عدم الجواز مطلقًا بان المحكم يلزم ان يكون معلوما وفي هذه الصورة يكون مجهولا، غير ظاهر اذ اشخاص المحكمين معلومة والمجهول هو الرأي الذي سيبديه حين الحكم وهذا امر آخر غير جهالة الشخص طبيعي في كل محكم واحدا كان او اكثر

المادة ١٨٤٥ — للمحكمين ان يحكموا آخر ان كانوا ماذونين من الطرفين والا فلا ٠

اللام في المحكمين للجنس واللام الجنسية تبطل معنى الجمعية اذ المحكم الواحد لا يجوز له تحكيم غيره ايضا الا باذن من المحكم والحاكم كما في المادة ( ١٨٠٥ ) اذا لم يسغ له نصب نائب الا ان يكون ماذونا له من قبل السلطان فالحكم وهو ادنى حالا منه اولى - وفي الفتح لو امر

الامام رجلا بان يحكم بين النـاس وهو ممن تجوز شهادته جاز ويصير كالقاضي ولو امر القاضي رجلا لم يجز الا باذن الامام الا ان يجيزه بعد الحكم او يتراضى به الرجلان بعد الحكم . ولو حكما رجلا فاخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعـده بينهما فـاجازه جاز وليس للحكم انيفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فاجاز الاول لم يجز الا ان يجيزاه بعد الحكم — وقيل ينبغي ان يكون كالوكيل الاول اذا اجاز فعل الوكيل الثاني

المادة ١٨٤٦ اذا تقيد التحكيم بوقت يزول بمروره مثلًا الحكم المنصوب على ان يحكم من اليوم الفلاني الى شهر ليس له ان يحكم الا في مدة ذلك الشهر لا ان يحكم بعد انقضائه واذا حكم بعد الانقضاء لا ينفذ حكمه .

الاصل في هذا ما مر في المادة ١٨٠١ ان القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصوصات فارجع اليها — والتحكيم ايضا من فروعه كما في الفتح .

وقوله لا ينفذ يشير الى انه لو قيد الطرفان للحكم مثلا ان يحكم في يوم السبت وهو اليوم السابع من شهر كذا فحكم قبل ذلك اليوم او بعد مروره فاجاز الطرفان حكمه ينفذ لما مر في المادة ( ١٤٥٣ ) الاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة

المادة ١٨٤٧ — لكل من الطرفين عزل المحكم قبـل الحكم ولكن اذا اجازه الحاكم المنصوب من قبل السلطان المأذون بنصب النائب بعد تحكيم الطرفين اياه يكون بمنزلة

نائب هذا الحاكم لانه استخلفه .

## [ لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم ]

وذلك لانه مقلد من طرفها وولايته مكتسبة منهما فيملكان عزله كما ان السلطان يملك عزل الحاكم الذي قلده فالتحكيم كالتوكيل وهو من العقود الغير اللازمة فلا يدخله خيار شرط فلو حكماه وشرطا عدم عزله، لا ينعقد الشرط ولاحدهما عزله كالعارية والمضاربة والشركات فهي تنفسخ بفسخ احدهما لكن لا تتم الا برضى الطرفين

اما الاول فلما بينا انها من العقود الغير اللازمة .

واما الثاني فلان رضي الطرفين ركن والشيء لا يقوم بركنه - يتفرع على جواز العزل قبل الحكم ان احد الطرفين لو عزله اثناء المحاكمة على ظن انه سيحكم عليه ثم حكم بعد ذلك لا ينفذ حكمه لخروجه بالعزل عن ولاية الحكم - وقوله قبل الحكم احتراز عن وقوع العزل بعد الحكم فانه لا يؤثر ويبقى الحكم على النفاذ لصدوره عن ولاية شرعية . ولو حكماه في دعاو بينهما متعددة فحكم في بعضها ثم عزل فحكم في الباقي نفذ فيما قبل العزل لا بعده

## [ ولكن اذا اجازه الحاكم من قبل السلطان المأذون بنصب النائب بعد تحكيم الطرفين اياه ]

الظرف متعلق باجاز فليس لهما او لاحدهما عزله بل [ يكون ] الحكم بمنزلة نائب .

ذلك الحاكم

فكما انهما لا يقدران على عزل ذلك الحاكم او نائبه لا يقدران على عزل ذلك الحكم ، لانه بلجازة الحاكم صار بمنزلة نائبـه المنصوب من قبـله .

المادة ١٨٤٨ - كما ان حكم الحكام لازم الاجراء في حق جميع الاهالي اللذين في داخل قضائهم .

لعموم ولايتهم .

[ كذلك حكم المحكمين في حق من حكمهم ]

فقط لقصور ولايتهم كما تقدم في شرح المادة ١٨٤٢

[ بناء عليه ليس لاحد الطرفين ان يمتنع من قبول الحكم الذي وقع من المحكمين ]

لصدوره عن ولاية شرعية عليهما كما تقدم - ويبتني على لزوم الحكم ما في الهندية واذا حلف احد الخصمين ونكل عن اليمين وقضى عليه فقال المقضي عليه لا اجيز حكمه علي واحلف لحكمه عليه ماض - ولو كان من الابتداء اقام البينة على دعواه وعدلوا وحكم الحاكم بها على المدعى عليه ، جاز فان انكر المقضى عليه الحكم وانكر التحكيم وادعى المدعي

ذلك كان للمدعي ان يحلفه فان نكل لزمته دعوى صاحبه — وان كان المدعي اقام بينة على مـا ادعى من التحكيم والحكم ، ينظر ان كان الشهود الذين شهدوا على التحكيم غير الذين جرى الحكم بشهادتهم قبلت شـهادتهم وان كانوا هم الذين جرى الحكم بشهادتهم لا تقبل شهادتهم اه اي لمحل التهمة لكن يشترط ان لا يكون المحكوم له من اصول المحكم ولا من فروعه ولا زوجة له ويجوز ان يكون احدهم محكوما عليه ( رد محتار )

المادة ١٩٤٩ — اذا عرض حكم المحكم على الحاكم المنصوب من قبل السلطـان صدقه ان كان موافقا للاصول والا نقضــه .

[ اذا عرض حكم المحكم على الحاكم المنصـوب من قبل السلطان صدقه ان كان موافقا للاصول ]

اذ لا فائدة في نقضه وروئية الدعوى تكرارا مع كونه موافقا للاصول . وفائدة تصديقه انه ليس لحاكم آخر نقضه لان هذا التصديق بمنزلة الحكم من الحاكم فليس لحاكم آخر نقضه — بخلاف ما لو عرض حكمه على محكم آخر عيناه ليدقق في حكم الاول فصدقه فان تصديقه لا يمنع من النقض اذا عرض على حاكم آخر لا يوافق رايه ومذهبه ، لان حكم المحكم لا يرفع الخلاف فى المجتهدات لقصور ولايته على من حكمه فقط والقاضي اذا قضى في مجتهد فيه فرفع حكمه الى قاض آخر لا يرده لان القاضي له ولاية عامة على الناس فاذا صادف القضاء محله يكون حجة في حق الكل ( در و ط ) .

المادة ١٨٥٠ – اذا اذن الطرفان بالصلح المحكمين الذين جعلوهما مأذونين بالحكم توفيقا لاصوله المشروعة يعتبر صلحهم وهو انه اذا وكل احد الطرفين احد المحكمين والآخر الآخر بالصلح والخصوص الذي تنازعا فيه وتصالحا توفيقاً للمسائل المندرجة في كتاب الصلح ليس لاحد الطرفين ان يمتنع من قبول هذا الصلح ٠

لما تقدم في شرح المادة ١٨٤١ ان ذات التحكيم بمنزلة الصلح والصلح كما يجوز اجراؤه من الطرفين بذاتهما ، يجوز التوكيل بـه كما في المادة ١٤٥٩ – لكن في المواضع التي يكون الوكيل فيهـا سفيراً محضا يلزم على المحكم ان يضيف العقد فيها الى الموكل

وقد اقتصرت المادة ( ١٤٦٠ ) على ذكر بعضها فراجع شرحها وهي الهبة والاعارة والايداع والرهن والاقراض والشركة والمضاربة والصلح عن انكار – وزاد على ذلك في تنوير الابصـار وشرحه النكاح والخلع والصلح عن دم عمد والعتق على مال والكتابة

قال في الدرر بعد قوله في المتن تتعلق بالموكل : وسره ان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات والوكيل اجنبي عن الحكم فلا بد من اضافة العقـد الى الموكل ليكون الحكم مقارنا للسبب – اما النكاح فلان الاصل في البضع الحرمة فكان النكـاح اسقاطا لها والساقط يتلاشى فلا يتصور صـدور السبب عن شخص على سبيل الاصالة ووقوع الحكم لغيره لجعل سفيرا ، ليقارن الحكم السبب عن شخص على سبيل الاصالة ووقوع الحكم لغيره لجعل سفيرا ليقـارن الحكم السبب حتى لو اضاف النكاح لنفسه وقع له – بخلاف البيع فانه

يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بخيار فجاز صدور السبب عن شخص اصالة ووقوع الحكم لغيره خلافة — واما الخلع فلانه اسقاط النكاح والناكح المرأ والمنكوحة المراة والوكيل اما منه او منها — وعلى التقديرين يكون سفيرا محضا فلا بد من الاضافة الى الموكل — واما الصلح عن انكار فانه ايضا لا يشوبه معاوضة فلا بد من الاضافة الى الموكل — وكذا الصلح عن دم العمد فانه اسقاط محض والوكيل اجنبي سفير فلا بد من الاضافة الى الموكل — وهكذا الحال في البواقي هذا ملخص ما ذكره القوم في هذا المقام — ثم اننا نرى في هذه المواضع احكاما يختلف بعضها عن بعض — ففي بعضها اذا اضاف الوكيل العقد الى نفسه يقع لغوا ولا يبنى عليه حكم، وفي بعضها يقع صحيحا في حق نفسه لا في حق موكله وفي بعضها يقع عن الموكل

مثال الاول لو قال وكيل الزوجة بالخلع لزوجها طلقني على مال بالاضافة الى نفسه، او قال وكيل العبد لمولاه اعتقني على كذا، او قال وكيل الصلح عن دم عمد او انكار صالحني على كذا فقال الآخر قبلت لم يصح .

ومثال الثاني ما لو اضاف النكاح الى نفسه كأن يقول وكيل الزوج للمراة زوجيني نفسك فقالت زوجت يقع النكاح للوكيل لا الموكل

ومثال الثالث ان يقول الوكيل من جهة المراة طلق فلانة بالف او اخلعها على الف او من جهة العبد اعتق عبدك على كذا او كاتبه على كذا فيقول وكيل الزوج او السيد فعلت بالاضافة الى نفسه يقع عن الموكل

وخلاصة ما ذكره العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر لامكان التوفيق بدفع هذا الاختلاف، ان معنى الاضافة الى الموكل في كلامهم هو ان يذكر الموكل في اثناء الكلام سواء اسند الوكيل الفعل الى نفسه او الى موكله فاذا كان وكيلا من جانب المراة يقول للزوج خالع امراتك على هذه الالف فخالع يتم بقبول الوكيل كما صرحوا به في الخلع — اما لو قال خالع فقط ولم يذكر اسم موكله فلا — ثم الذي يظهر من كلامهم

ان المراد هنا بالوكيل الذي لا بد من اضافة العقد الى نفسه ، هو الوكيل
من جهة من يثبت له الملك لا الوكيل من جهة المملك بقرينة التعليل بان
الحكم فيها لا ينفصل عن السبب ففي حق النكاح يقول وكيل الزوج
زوج بنتك فلانا فيضيفه الى الموكل حتما لانه وكيل من جهة من يثبت
له الملك ولو قال زوجني وقع له للموكل - واما وكيل الزوجة فيقول
زوجت فيصح - وفيما يصلح في الجانبين ان يكون مالكا ومملكا
كالطلاق يقول وكيل الزوج طلقت فلانة وفي الخلع يقول وكيل الزوج
خالعتها على الف واما وكيل المراة فيقول قبلت بدون اضافة اليها وهكذا
في العتق على مال والكتابة - ولو كان الطلب من جهة وكيل المراة او
العبد ، يقول طلق فلانة بالف او اخلعها على الف او اعتق عبدك على كذا
فيقول وكيل الزوج او السيد فعلت فيكتفي بالاضافة من احد الجانبين
لان الملك من كل منهما فان المراة تملك نفسها وكذا العبد كما ان الزوج
او السيد يملك العوض وفي الصلح عن انكار او دم عمد يقول الوكيل
صالح فلانا عن دعواك عليه هذا المال ، او الدم فيقبل المدعي - ولو قال
الوكيل في هذه المواضع اعتقني او اطلقني او كاتبني لم يصح ويكون
لغوا بخلاف بعني وآجرني فانه يصح اضافتها الى نفسه كما مر - وكذا
بقية الصور الآتية يقول الوكيل من جهة طالب التملك هب فلانا او
تصدق عليه او اعره او ارهن عنده او اقرضه كذا - ولو قال هبني او
تصدق علي او اعرني يقع له لا للموكل - واما الوكيل من الجانب الآخر
وهو جانب المملك كما اذا دفع لرجل مالا ووكله بان يهبه لفلان مثلا
فانه يسنده الى نفسه ويقول وهبتك وتصدقت به عليك ، او اعرتك ، او
اودعتك من غير ان يقول وهبتك هذه الالف التي لفلان الموكل - فحيث
كان المراد من اضافتها الى الموكل ما ذكر اعني ان يذكر الموكل اثنائها
وتبين لك الفرق بين الوكيل من جهة من يثبت له الملك والوكيل من
جهة من يملك بتشديد اللام ثم ميزت بين افراد تلك المواضع بين ما
يكون اسقاطا محضا فيضيفه الوكيل الى نفسه مع التصريح بالموكل فيقول

زوجتك فلانة وبين ما يكون طلب تمليك لعين او منفعة او حفظ فلا يضيفه الوكيل الى نفسه بل الى الموكل فقط ويخرج كلامه مخرج الرسالة حاكيا كلام غيره نحو قولك هب لفلان كذا او اودعه كذا او اقرضه كذا الخ يظهر لك عند ذلك في اي صورة يقع العقد لغوا او صحيحا في حق الوكيل دون الموكل او صحيحا في حق الموكل ·

---

هذا آخر ما يسر الله تعالى بتحريره من اكمال هذا الشرح المنتهي بقلم سيدي الوالد العلامة المرحوم مبتدأ من كتاب البيوع الى المادة ( ١٧٠٠ ) فتطفلت باتمام ما بقي وهو نحو ماية وخمسين مادة مع شرح القواعد الكلية · اللهم افتح لي ولسائر المسلمين بسلوك الطريقة المحمدية والشريعة القويمة الاسلامية والحمد لله تعالى على حسن الختام وله الشكر على مزيد الانعام وكان الفراغ في اليوم السابع عشر من شهر شعبان المعظم سنة احدى واربعين وثلاثمائة والف من هجرة من له العز والشرف وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه اجمعين والتابعين لهم باحسان الى يوم الدين · والحمد لله رب العالمين

# اصلاح خطأ

| صحيفة | سطر | خطأ | صواب |
| --- | --- | --- | --- |
| ٨ | ٦ | لا تتكلم | لا تتكتم |
| ٨ | ١٠ | شرح هذه المادة | شرح المادة |
| ٢١ | ١ | اشتركو | اشتركوا |
| ٢١ | ٥ | ببينه | ببينة |
| ٢٢ | ١٢ | بشرط | يشترط |
| ٢٢ | ١٧ | وبثبوته | وثبوته |
| ٣٢ | ٢١ | فى | فن |
| ٣٦ | ١٢ | قالو | قالوا |
| ٣٧ | ٣ | محموده | محمودة |
| ٣٧ | ٧ | ومتعدبه | ومتعديه |
| ٣٧ | ١١ | يعلب | يعاب |
| ٣٧ | ١٤ | وجه الغلط ترك اتمام المادة | والصواب ذكرها كلها وهي يجتنب الحاكم الافعال والحركات التي تزيل مهابة المجلس كالبيع والشراء والملاطفة في المجلس اذا لعادة سوق المادة بتمامها ثم يبدأ بشرحها فقرة بعد فقرة |
| ٣٩ | ٠١ | يقضى | يقتضي |
| ٣٩ | ٢١ | اذا اظهر | اذا ظهر |
| ٥٠ | ١٧ | فيبقان | فيبقيان |
| ٥٣ | ١٦ | ان بيدهم | ان من بيدهم |
| ٧١ | ١٢ | لا بعزر | لا بعذر |

| صحيفة | سطر | خطأ | صواب |
| --- | --- | --- | --- |
| ٧٦ | ١٤ | لا يستمع | يستمع |
| ٧٨ | ١٦ | حكى شمس الأئمة | حكي عن شمس الأئمة |
| ٧٩ | ١٦ | وفروعة | وفروعه |
| ٨١ | ٢١ | شهد | شهدا |
| ٨٢ | ١٦ | الطرفين | الطرفين |
| ٨٥ | ٢١ | في زمانا | في زماننا |
| ٨٦ | ١٠ | واقفا | واقفاً |
| ٨٦ | ١٧ | موطنها | مواطنها |
| ٨٧ | ١٢ | اشخصه | شخصه |
| ٩١ | ٠٧ | مصدقه | مصدقة |
| ٩١ | ١٢ | يجدد | يجد |
| ٩١ | ١٣ | يستوجب | يستجوب |
| ٩٣ | ٠٧ | وعاذاتهم | وعاداتهم |
| ٩٤ | ١٥ | الامنية | الامينة |
| ٩٤ | ٢٢ | يصنعه | يضعه |
| ٩٤ | ٢٦ | فيوصع | فيوضع |
| ٩٥ | ١٣ | وحمولهم | وحملوهم |
| ٩٦ | ٠٤ | البالم | البالغ |
| ٩٦ | ١١ | فيه | فيها |
| ٩٦ | ٢٢ | يسوغ | لا يسوغ |
| ٩٦ | ٢٤ | لاقرار | الاقرار |
| ٩٨ | ٠٦ | في ولايته | في ولاية |
| ٩٩ | ١٦ | ببينته | ببينة |
| ١٠٠ | ٠٥ | لان | لأنّا |
| ١٠٠ | ٠٩ | الشاهد | الشهادة |

| صحيفة | سطر | خطأ | صواب |
| --- | --- | --- | --- |
| ١٠٣ | ٠١ | تنسى | تنس |
| ١٠٤ | ٠٩ | زمة | ذمة |
| ١٠٧ | ١٤ | يثست | يثبت |
| ١٠٨ | ٠١ | فبعلة | فيطلة |
| ١٠٩ | ١٧ | يحمعها | يجمعها |
| ١١١ | ٠٢ | حق | بحق |
| ١١١ | ٠١ | لا يحلف | لا يحلف |
| ١١٣ | ١٩ | شاهدا او احدا | شاهدا واحدا |
| ١١٤ | ٢١ | النفض | النقض |
| ١١٩ | ١٥ | بان | بأن |
| ١٢١ | ٠٨ | اقرار | لمقراراً |
| ١٢٥ | ٠٦ | حيزيه : الصلح | خيرية الصلح |
| ١٢٥ | ١٢ | الضغان | الضغائن |
| ١٢٧ | ١٤ | افناء | افتاء |
| ١٣٤ | ٢٠ | ويدحل | ويدخل |
| ١٣٩ | ٠٢ | المتعدد | لمتعدد |
| ١٣٩ | ٠٢ | او الواحد | او لواحد |
| ١٣٩ | ٠٧ | خمسة ثم فقط | خمسة فقط ثم |
| ١٤١ | ١٣ | احداها | احداها |
| ١٤١ | ٢٥ | جميع | جميعا |
| ١٤٢ | ٠٩ | عدالتها | اعادتها |
| ١٤٣ | ٢٦ | فعل | قبل |
| ١٤٨ | ١٤ | كفيل | كفل |
| ١٤٩ | ١٩ | نسب | تصب |
| ١٤٩ | ٢٤ | الاعتريض | الاعتراض |

| صحيفة | سطر | خطأ | صواب |
| --- | --- | --- | --- |
| ۱۵۳ | ۰۹ | وامر | امر |
| ۱۵۳ | ۲۲ | وعنه | عنه |
| ۱۵٤ | ۱۰ | والارلويه | والاولوية |
| ۱۵۵ | ۱۲ | يكون | بكون |
| ۱۵۵ | ۱۲ | الزمة | الذمة |

# فهرست الجزء السادس

صحيفة